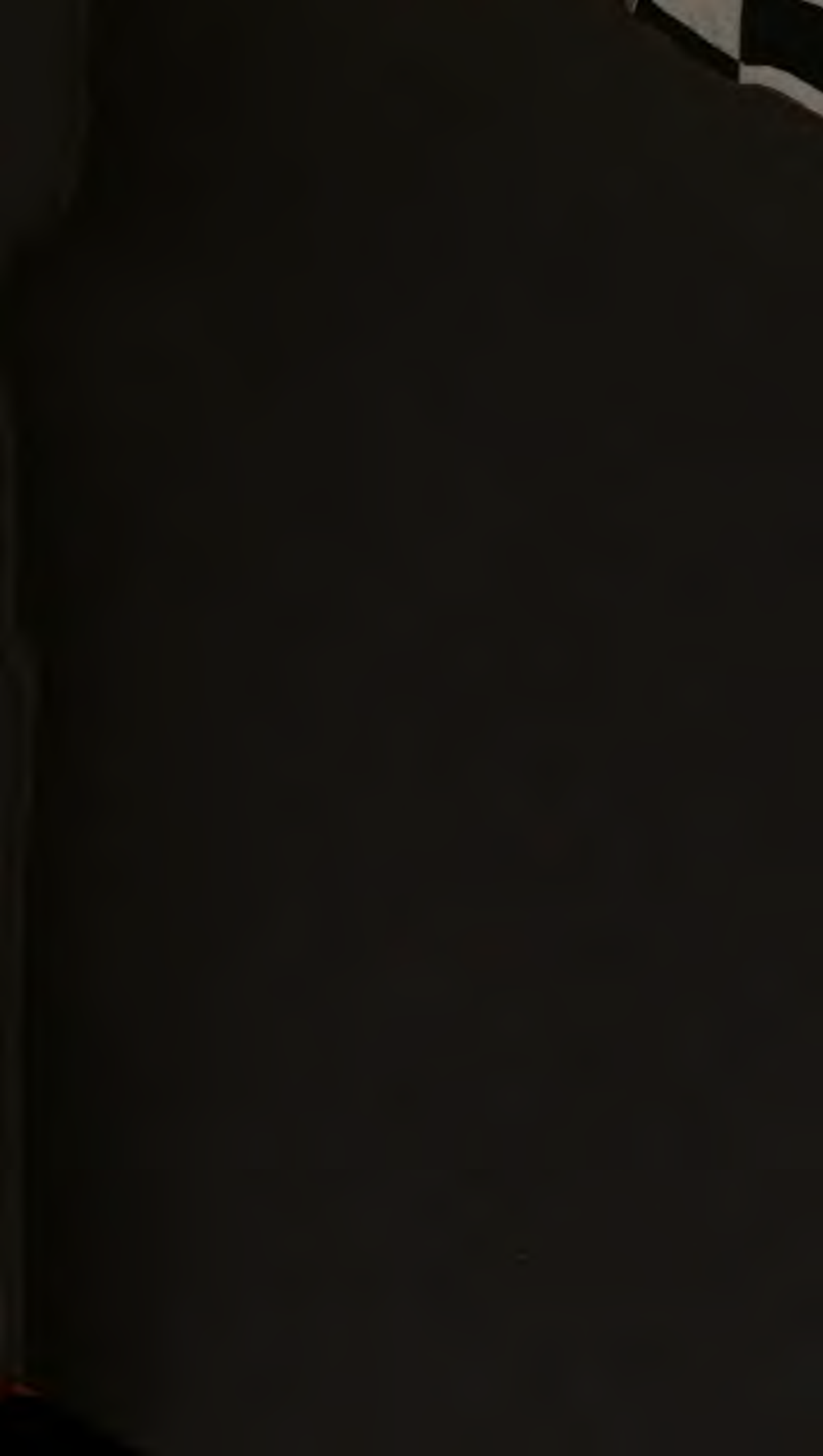


VERZAMELING VAN ARRESTEN

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

VAN DEN HONERT'S
VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN,

VOORTGEZET DOOR

Mr. C. C. E. D'ENGELBRONNER,
Advokaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden, enz.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN
BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

DRIE EN VEERTIGSTE DEEL.



'S GRAVENHAGE,
H. L. SMITS.

1879.

Rec. Sept. 17, 1900.

CHRONOLOGISCHE AANWIJZING

DER

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

DEEL XLIII. (*)

(*) Het voorgaande deel staat op de bladzijde der Chronologische aanwijzing abusief genoemd als Deel LXII, moet zijn XLII.

VERBETERINGEN.

Blz.	74	regel	3	van	beneden	staat	*voor vrije*	lees:	*van vrije*
〃	109	〃	1	〃	boven	〃	Nr 1590	〃	Nr 1590*
〃	175	〃	3	〃	beneden	〃	Is in a. 5 K.	〃	Is in a. 1 K.
〃	255	〃	1	〃	boven	〃	455	〃	255
〃	322	〃	11	〃	〃	〃	a. 1905, n° 3,	〃	a. 1950, n° 3

AANWIJZING DER VRAAGPUNTEN

BEHANDELD BIJ DE

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING,

IN VERBAND MET DE WETSBEPALINGEN, TOT DEZE BETREKKING HEBBENDE.

☞ Zie voor de Arresten van 1871—75 Deel XL, voor die van 1876 Deel XLI, voor die van 1877 Deel XLII.

CODE NAPOLÉON.

A. 1428. Zie op a. 1472 *Burgerlijk Wetboek.*

GRONDWET VAN 1848.

A. 147, Zie arr. van 14 Jan. 1878, n° 1581, blz. 23 en 16 Julij 1878, n° 1612, blz. 361.

A. 156. Behoort, in geval van beklag over niet-motivering van een vonnis a. 20 R.-O., in het *middel* van cassatie noodwendig te worden aangehaald? — Ja.

Kunnen a. 156 Grw. en 59 B.-R. alleen dan zijn geschonden, indien alle motivering ontbreekt? — Ja.

Arrest van 1 Nov. 1878, n° 1614, ... bladz. 361.

A. 156. Bevat het beklaagde vonnis de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het regtspunt betreft, ieder afzonderlijk, en de beslissing, en voldoet het alzoo vormelijk aan de voorschriften der wet? — Ja

Is bij de wet voorgeschreven dat het vonnis ook moet opgeven de gronden, waarom de regter zich niet heeft kunnen vereenigen met de gronden tot tegenspraak aangevoerd? — Neen.

Arrest van 23 Nov. 1878, n° 1616, . . . bladz. 370.

REGTERLIJKE ORGANISATIE.

A. 20. Behoort, in geval van beklag over niet-motivering van een vonnis, a. 20 R.-O. in het *middel* van cassatie noodwendig te worden aangehaald? — Ja.

Arrest van 1 Nov. 1878, n° 1614, ... bladz. 361.

A. 20. Zie het arr. van 23 Nov. 1878, n° 1616, blz. 370.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 62. Zie op a. 775 *Burgerlijke Regtsvordering*.

A. 272, j° 301. Kan men zich tot staving eener nieuwe vordering tot scheiding alleen dan op oude redenen, die vóór de verzoening hebben plaats gehad beroepen, indien het bestaan bewezen is van eene nieuwe oorzaak, die op zich zelve en afgescheiden van de oude redenen, de vordering wettigt? — Ja.

Arrest van 8 Febr. 1878, n° 1585, ... bladz. 62.

A. 438; a. 126 en 345 B.-R. Is de afzetting van den voogd *in casu* te regt bij request aangevraagd en door den regter *a quo* in Raadkamer behandeld? — Ja.

Maakt de afzetting van den voogd hem rekenpligtig, maar komt de procedure bij a. 438 B.-W. en bij a. 126 B.-R. voorgeschreven eerst te pas, wanneer die afgezette voogd nalatig mogt blijven om rekening te doen? — Ja.

Wordt hem, die van eene beschikking op request in hooger beroep komt, de verpligting opgelegd, dat hooger beroep te doen beteekenen? — Neen.

Is een herhaald verhoor in hooger beroep van den voogd wiens afzetting gevraagd wordt, voorgeschreven noch noodig, wanneer de hoogere regter zich, gelijk *in casu*, door het procesverbaal van het in eersten aanleg plaats gehad hebbend verhoor genoegzaam voorgelicht acht? — Ja.

Kan door het Hof zonder verhoor worden beslist over de afzetting van den voogd, wie in het ongelijk behoort te worden gesteld en dus ook, wie in de kosten moet worden veroordeeld? — Ja.

Arrest van 15 Febr. 1878, n° 1588, ... bladz. 88.

A. 551—562, zie op a. 1472, 1254—1257 hieronder.

A. 577 v. — a. 585. Is het, waar alleen over het bezit, niet over eigendom getwist wordt, onverschillig of de daad, waardoor men de zaak onder zijne magt heeft gesteld, geoorloofd of ongeoorloofd is? — Ja.

Arrest van 8 Mrt. 1878, n° 1592, ... bladz. 127.

A. 577. Zie op a. 135 *Gemeentewet*.

A. 585. Zie op a. 577 volg. hierboven.

A. 593; a. 933 en 934; a. 1934. Is het regt van tolheffing eene zaak in den handel? — Ja.

Moet de beslissing van den *judex facti* omtrent de uitlegging van een testament in cassatie worden geëerbiedigd? — Ja.

Was de *judex facti*, eenmaal aannemende dat de onbestemde uitdrukking *eum annexis* in een testament voorkomende, *niet* doelt op het regt van heffing van vallaatsgelden, wel verpligt het ter verduidelijking en toelichting der acte aangeboden getuigenbewijs, als gerigt tegen de uitlegging, door hem aan den inhoud dier acte gegeven, te verwerpen? — Ja.

Arrest van 18 Jan. 1878, n° 1582, ... bladz. 35.

A. 651. Wordt voor *aanwas*, komende ten voordeele van den eigenaar van den oever, gehouden iedere aanwas, die niet het gevolg geweest is van kunstwerken door dien eigenaar aangelegd? — Ja.

Arrest van 8 Febr. 1878, n° 1584, ... bladz. 48.

A. 672 en 673. Is de verpligting, aan erven die lager liggen opgelegd, ten behoeve van degene die hooger gelegen zijn het water te ontvangen, hetwelk daarvan natuurlijk afloopt, beperkt tot het *aangrenzend* lager gelegen erf? — Neen.

Is de beslissing, tusschen welke hooger en lager gelegen erven de in a. 673 B.-W. bedoelde regten en verpligtingen bestaan, van geheel feitelijken aard en afhankelijk van de plaatselijke gesteldheid? — Ja.

Zijn a. 672 en 673 B.-W. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat de afloop van het water niet opgehouden heeft natuurlijk te zijn, al hebben de eigenaren van lager gelegen erven van pompen, duikers, slooten of andere werken gebruik gemaakt om het van hoogere erven afkomend water zoo schadeloos mogelijk over hun terrein te leiden? — Neen.

Is een beroep op a. 673 al. 2 B.-W., ingesteld door den eigenaar van het erf dat hooger ligt tegen den eigenaar van het lager gelegen erf tot wegneming van den geheelen de uitwatering belettenden dam en een dienvolgens gegeven bevel van den regter tot opruiming van den dam in zijn geheel, in strijd, hetzij met a. 672 en 673, hetzij met a. 625 B.-W.? — Neen.

Kunnen de wetsbepalingen betrekkelijk de subsidiaire vordering verkeerd zijn toegepast, waar toewijzing der primaire vordering een onderzoek der subsidiaire overtollig maakte? — Neen.

Arrest van 22 Mrt. 1878, n° 1594, . . . bladz. 143.

A. 933 en 934. Zie boven op a. 593.
A. 1112. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.
A. 1119. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.
A. 1125. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.
A. 1275. Zie het arr. v. 21 Junij 1878, n° 1607, blz. 275.

A. 1275, 1279, 1389, 1401, 1402. Moeten de redeneringen, waarop het Hof de beslissing omtrent de al of niet toepasselijkheid *in casu* van de a. 1275 en 1279 B.-W. heeft doen rusten, als *regtsgronden* worden beschouwd, door het Hof aangenomen om tot de ware beteekenis van de genoemde wetsartikelen te komen? — Ja.

Is na de tot stand gekomene boedelscheiding eene vordering tot schadevergoeding wegens verzuimden inbreng ontvankelijk? — Niet beslist.

Volgt, hetzij uit a. 1144 B.-W., hetzij uit eenig ander wetsa. dat de inbreng op een bepaalden tijd moet geschieden? — Neen.

Zijn a. 1401 en 1402 B.-W. zoo algemeen op te vatten dat daaronder zouden zijn begrepen alle daden of nalatigheden, van welken aard ook? — Neen.

Moet, naar a. 1389 B.-W. om de a. 1401 en 1402 B.-W. te kunnen inroepen, de verbindtenis, behalve uit kracht der wet, ook ten gevolge van 's menschen toedoen zijn ontstaan? — Neen

A. 1335, 1374, 1376, 1584, 1112, 1119, 1125, 1689. Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen dat, waar een huur door den huurder persoonlijk aangegaan, niettemin door hem is gesloten ten gevolge van eene handeling voor gemeene rekening, zoodat het quaestieuse huur- of gebruiksregt moet geacht worden tot de tusschen de vennooten bestaan hebbende gemeenschap te behooren en eene bate der gemeenschap uit te maken, — de huurder nogthans gehouden is tot verdeeling van dit huurregt over te gaan, zoo die splitsing regtens mogelijk is en de verhuurder daartoe zijn medewerking verleent? — Neen.

A. 1352. Zie arr. v. 15 Nov. 1878, n° 1615, blz. 263.

A. 1356, 1371, 1378, 1384, 1825, 1827. Behoort de uitlegging eener overeenkomst uitsluitend aan den *judex facti?* — Ja.

Kan een middel, niet gerigt tegen de verwerping der verwering van ongeoorloofdheid van oorzaak door den *judex facti*, maar strekkende om eene in de afgeloopen instantie niet geopperde verwering voor het eerst in cassatie te doen gelden, alsnog in aanmerking komen? — Neen.

Is eene overeenkomst, strekkende tot onderlinge verzekering van vergoeding van reiskosten, indien een der contractanten aannemer van het aanbestede werk mogt worden, wèl als eene voorwaardelijke verbindtenis, maar niet als eene kansovereenkomst, veel minder als spel of weddingschap, te beschouwen? — Ja.

A. 1371. Zie hierboven op a. 1356 en v.

A. 1374. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.

A. 1376. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.
A. 1378. Zie hierboven op a. 1356 en v.
A. 1383. Kan dit a. van eenigen invloed zijn op de beantwoording eener vraag, wier oplossing door a. 637 K. uitsluitend wordt beheerscht? — Neen.

Arrest van 24 Mei 1878, n° 1602, ... bladz. 226.

A. 1384. Zie hierboven op a. 1356 en v.
A. 1389. Zie het arr. v. 21 Junij 1878, n° 1607, blz. 275.
A. 1401, 1402. Zie het arr. v. 21 Junij 1878, n° 1607, blz. 275.
A. 1424. Kan dit a. worden ingeroepen, waar vaststaat dat geene inbeslagneming bestond? — Neen.

Arrest van 17 Mei 1878, n° 1600, ... bladz. 207.

A. 1472; a. 1254—1257; a. 551—562. Is, waar door het overlijden der vrouw en erfopvolging door den man algeheele vermenging van de regten en goederen des mans met die zijner vrouw heeft plaats gegrepen, iedere regtsvordering tusschen den man en diens vrouw of hare regtverkrijgenden door vermenging te niet gegaan en speciaal het regt der vrouw, op a. 1428, C.-N. gegrond, om tegen een door den man gesloten contract, waarbij hare regten kunnen zijn verkort, op te komen? — Ja.
Is, door zoodanig regt alsnog aan te nemen en daarop de nietigheid der bewuste acte te gronden, a. 1472 B.-W. geschonden en a. 1428 C.-N. ten onregte toepasselijk geoordeeld? — Ja.
Is, door ook op de quaestieuse acte van rangregeling de ongeldigheid derzelfde acte te gronden, aan die rangregeling een met de a. 1254—1257 en 551—562 B.-W. strijdig regtsgevolg gegeven, en zijn derhalve ook deze wetsbepalingen bij de bestreden uitspraak verkeerdelijk toegepast? — Ja.

Arrest van 1 Mrt. 1878, n° 1591, ... bladz. 117.

A. 1584. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.
A. 1604. Kan waar de *judex facti* eene ontkentenis der beweerde huurovereenkomst door eene der partijen heeft aangenomen, in cassatie de bewering opgaan, dat in werkelijkheid een gebrek van volledig bewijs door bekentenis zoude bestaan, hetwelk de uitsluiting van getuigenbewijs, volgens a. 1604 B.-W., niet zou regtvaardigen? — Neen.
Behelst dit a. een voorschrift van openbare orde, waaraan, ondanks de houding van partijen, de regter is gebonden? — Ja.

Arrest van 11 Jan. 1878, n° 1580, ... bladz. 17.

A. 1617. Is a. 1617 B.-W. geschonden, door deze wetsbepaling aldus op te vatten, dat het regt van den verhuurder om ontbinding der huurovereenkomst te vragen, in geval de huurder

het gehuurde huis niet van genoegzaam huisraad voorziet, afhankelijk zou zijn van eene voorafgaande vordering tot zekerheidstelling? — JA.

Arrest van 20 Dec. 1878, n° 1619, . . . bladz. 406.

A. 1689. Zie het arr. v. 17 Mei 1878, n° 1601, blz. 220.
A. 1825. Zie hierboven op a. 1356 en v.
A. 1827. Zie hierboven op a. 1356 en v.

A. 1902 j° 1586, n° 1. Is de voorstelling juist als zou bij het beklaagde vonnis zonder bewijs zijn aangenomen de door de gedaagden, huurders, ontkende omstandigheid, dat een gedeelte van het perceel, hoewel in de vordering tot ontruiming mede begrepen, mede zou zijn geleverd door den verhuurder? — NEEN.

Zijn de gronden voor de ongenoegzaamheid van een beweerd geleverd tegenbewijs, enkel strekkende tot tegenspraak der genoegzaamheid van het bewijs en niet tot staving van eenig middel van bevrijding (van welke ten deze geen sprake is), stilzwijgend opgesloten in de genoegzaam-verklaring van een geleverd bewijs? — JA.

Arrest van 23 Nov. 1878, n° 1616, . . . bladz. 370.

A. 1925. Zie op a. 148 *Burgerlijke Regtsvordering.*
A. 1935. Zie op a. 1 *Koophandel.*
A. 1934. Zie op a. 593 hierboven.

A. 1950, n° 3. Behoort aan den hoogeren regter, die den lageren regter heeft gedelegeerd om getuigen te hooren, en niet aan dien lageren regter zelven de beslissing over de wraking van getuigen in een bij den hoogeren regter aanhangig regtsgeding? — *Implicite* JA.

Is de gedelegeerde kntr., waar in eene voor hem gehouden enquête wraking van een getuige wordt voorgesteld, bevoegd partijen te verwijzen naar de openbare teregtzitting van den delegerenden regter, *in casu* den H.-R.? — JA.

Kunnen ondergeschikte ambtenaren van den Staat in een regtsgeding tegen den Staat als getuigen worden gehoord, wanneer door hen geene adviezen over de litigieuse zaak zijn gegeven, maar hunne werkzaamheid uitsluitend heeft bestaan in het constateren van feiten? — JA.

Arrest van 28 Junij 1878, n° 1611, . . . bladz. 322.

A. 1950. Is, wanneer eene wraking steunt op regtsgronden of wetsinterpretatie, een onderzoek in cassatie naar den grond der wraking mogelijk? — JA.

Arrest van 28 Junij 1878, n° 1608, . . . bladz. 288.

A. 1950, pr. en n° 3. Is a. 1950, pr. en n° 3, B.-W. verkeerd toegepast door een pakhuismeester in dienst van eene stoomvaartmaatschappij, partij in een aanhangig geding, als *bediende*

te beschouwen en om die reden als getuige te wraken? — NEEN.
Arrest van 13 Dec. 1878, n° 1618, . . . bladz. 402.

A. 1961 j° 1959. Zie op a. 3 *Koophandel.*
A. 2000. Zie op a. 138, 139 *Burgerlijke Regtsvordering.*

BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

A. 5, n° 2, 2e lid. Heeft het Hof door te oordeelen dat de naamlooze venootschap, nu verwsse, optredende gelijk zij deed, aan het voorschrift der wet heeft voldaan, a. 5, n° 2, lid 2, B.-R. met juisheid toegepast? — JA.

Kan door eene bijzondere bepaling het beheer der naamlooze vennootschap betreffende, worden gederogeerd aan eene wetsbepaling, die de proces-orde regelt, speciaal aan a. 5, n° 2, lid 2, B.-R.? — NEEN.
Arrest van 15 Mrt. 1878, n° 1593, . . . bladz. 136.

A. 48. Is dit a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat de verw. niet behoorlijk in gebreke is gesteld, terwijl deze zich op dit verzuim niet heeft beroepen? — NEEN.
Arrest van 21 Junij 1878, n° 1607, . . . bladz. 275.

A. 56. Is a. 56 B.-R. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat ter zijner toepassing *niet* wordt vereischt eene uitspraak omtrent de hoofd-vordering? — NEEN.
Arrest van 27 Dec. 1878, n° 1621, . . . bladz. 425.

A. 59. Kunnen a. 59 B.-R. en 156 Grw. alleen dan zijn geschonden, indien alle motivering ontbreekt? — JA.
Arrest van 1 Nov. 1878, n° 1614, ... bladz. 361.

A. 79. Geeft a. 79 B.-R. uitsluitend aan den eischer de bevoegdheid tot oproeping van den defaillant tegen eene nieuwen regtsdag en is deze nergens bij de wet aan den verschenen gedaagde toegekend? — JA.
Arrest van 25 Jan. 1878, n° 1583, ... bladz. 39.

A. 88. Is a. 88 B.-R., hoe algemeen ook, van toepassing op vonnissen van verstek en aanhouding, zonder uitspraak op de aangehouden hoofdzaak? — NEEN.
Arrest van 25 Jan. 1878, n° 1583, ... bladz. 39.

A. 126 en 345. Zie op a. 458 *Burgerlijk Wetboek.*
A. 130 v. Kan in cassatie worden teruggekomen op de, op de dingtalen rustende en door geenerlei wetsbepaling gewraakte opvatting, waarbij de identiteit is aangenomen der zaak, over welker *eigendom* vroeger is geprocedeerd en van die, over welker *bezit* het nu gevoerde geding loopt? — NEEN.

Moet in gevallen als het onderhavige, waarbij alle bezit als eigenaar is uitgesloten, elke latere bezit-acte tusschen partijen geacht worden in het algemeen, en dus ook wegens beweerde latere stoornis, te zijn geoordeeld inadmissibel? — JA.

Arrest van 4 Jan. 1878, nº 1579, ... bladz. 1.

A. 130. Is bij het beklaagde vonnis de overtreding van het verbod van dit a. aangenomen op grond van de strekking der ingestelde vordering, en is die beslissing, als berustende op de opvatting en uitlegging van dagvaarding en dingtalen, zuiver feitelijk? — JA.

Arrest van 10 Mei 1878, nº 1599, . . . bladz. 191.

A. 133 jº a. 4. Zie op *Onteigeningswet* v. 1851.

A. 134. Is dit a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat beperking van den eisch tot de bijkomende vordering tot veroordeeling in de proceskosten, *niet* als verandering of vermeerdering van het onderwerp van den eisch kan worden beschouwd? — NEEN.

Arrest van 27 Dec. 1878, nº 1621, . . . bladz. 425.

A. 138 en 139; a. 2000 B.-W. Is a. 138 B.-R. door den *judex facti* geschonden, door in een summier proces buiten aanmerking te laten eene conclusie, niet betreffende eene ingestelde incidentele vordering, maar de hoofdzaak zelve? — NEEN.

Is, waar het bestaan van een last op onroerend goed door den regter is gegrond op verkrijging bij verjaring, onverschillig de al of niet juistheid der beslissing: „dat noch volgens uitdrukkelijke wetsbepaling, noch volgens een erkend regtsbeginsel, eene overeenkomst regtskracht mist, waarbij eenige personen zich gezamenlijk verbinden tot praestatie van iets ten behoeve van een predikant, die nog wel moest worden beroepen, maar die met zijne opvolgers later feitelijk heeft getoond daarvan gebruik te willen maken?" — JA.

Is *in casu* wel degelijk door den *judex facti* bewezen verklaard niet alleen het bezit der landerijen gedurende meer dan dertig jaren, maar ook dat de betaling van het gevorderde *praestandum* heeft plaats gehad *als verschuldigd*, en kan deze beslissing in geen anderen zin worden opgevat dan als de verklaring der regtb., dat de betaling was geschied ter voldoening van den zakelijken last, waarvan alleen ten processe sprake was geweest? — JA.

Arrest van 22 Febr. 1878, nº 1590,. . . . bladz. 95.

A. 148. Zijn door afwijzing van een verzoek tot overlegging van een oorspronkelijk stuk, wanneer dit verzoek, volgens den verzoeker zelven, uitsluitend geschiedde om uitstel voor de conclusie van antwoord te bekomen, a. 148 B.-R. en 1925 B.-W. geschonden? — NEEN.

Arrest van 8 Febr. 1878, nº 1586, ... bladz. 68.

A. 151. Zie arr. v. 22 Febr. 1878, nº 1589, blz. 93.
A. 200, 2º. Zie op a. 1950, nº 3, *Burgerlijk Wetboek.*
A. 277. Kan dit a. zijn geschonden of verkeerd toegepast, waar *geen* afstand van instantie is gedaan? — NEEN.

Arrest van 27 Dec. 1878, nº 1621, . . . bladz. 425.

A. 298. Zie op a. 1 *Koophandel.*
A. 398. Is de bij a. 398 B.-R- bedoelde beteekening die van dengeen, die bij het vonnis of arr. is in het gelijk gesteld, en dus bij de afsluiting van den termijn belang heeft, en niet die van dengeen, die bij het vonnis of arr. in het ongelijk is gesteld? — JA.

Arrest van 20 Dec. 1878, nº 1619, . . . bladz. 406.

A. 775 B.-R. jº 62 B.-W. Heeft zij, wier naam in eene acte van den Burgerlijken Stand als die der moeder wordt vermeld, belang bij die acte en kan zij dus uit eigen hoofde de aanvulling of verbetering daarvan vragen? — JA.

Arrest van 28 Junij 1878, nº 1610, . . . bladz. 312

A. 779, 780. Is a. 780 B.-R. alleen van toepassing op rekeningen voor den regter afgelegd en volgens a. 779 door hem met haar saldo vastgesteld? — JA.

Is door de feitelijke beslissing dat noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend uit de afrekening van iedere uitzending en vaststelling van saldo's tusschen partijen eene nieuwe overeenkomst of schuldvernieuwing is ontstaan, de grondslag van het *tweede middel* van cassatie vervallen? — JA.

Arrest van 21 Junij 1878, nº 1606, . . . bladz. 262.

A. 889 B.-R. jº 1424 B.-W. Zijn de aangehaalde a. B.-R. en B.-W. geschonden of verkeerd toegepast door onder de woorden: *geregtelijke tenuitvoerlegging*, in eerstgenoemd a., het *conservatoir beslag onder derden* te begrijpen? — NEEN.

Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door aan de woorden *staking* of *staken* de beteekenis te geven van *doen ophouden* of *vervallen?* — NEEN.

Is het gevolg zoowel van eene verklaring van kennelijk onvermogen als van eene faillietverklaring een ander dan dat een algemeen beslag ten behoeve van alle de schuldeischers gezamenlijk in de plaats treedt van de door afzonderlijke schuldeischers gelegde beslagen? — NEEN.

Kan a. 1424 B.-W. worden ingeroepen, waar vaststaat, dat geene inbeslagneming bestond? — NEEN.

Arrest van 17 Mei 1878, nº 1600, ... bladz. 207.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

A. 1. Is in a. 1 K. en a. 1935 W.-B. alleen sprake van het bewijs dat in een regtsgeding voor den regter geleverd wordt; zijn de woorden: „zaken van koophandel" in die beide a. en a. 298 B.-R. in proces-regtelijken zin te verstaan, en beteekenen zij niets anders dan „handels-regtsvorderingen" of „-gedingen"? — JA.

Is een handels-regtsgeding een zoodanig, waarbij de handhaving gevorderd wordt van eene handelsverbintenis, d. i. van eene verbindtenis, die haren grond vindt in eene daad van Koophandel? — JA.

Arrest van 18 Apr. 1878, n° 1597, . . . bladz. 175.

A. 3 K. j° a. 1961 en 1959 B.-W. Bestaat er, wanneer blijkt dat de eischers meermalen aan den gedaagde den last tot het aankoopen van effecten hebben gegeven met het doel om deze bij rijzing weder met voordeel te verkoopen, eene zaak van koophandel, en was dus *in casu* wel degelijk het bewijs door getuigen en dus ook door vermoedens toelaatbaar? — JA.

Heeft het Hof de bekentenis der eischers in cassatie, bij hun verhoor op vraagpunten, ten hunnen nadeele teregt gesplitst, daar de valschheid van hetgeen ter hunner bevrijding daarbij was aangevoerd, door wettige bewijsmiddelen werd bewezen? — JA.

Arrest van 22 Febr. 1878, n° 1590*, . . bladz. 109.

A. 36. Zie op a. 5, n° 2, 2e lid *Burgerlijke Regtsvordering.*

A. 87 en v. Heeft de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw er belang bij, ten einde haren man niet aan eene regtsvordering, die ook haar zoude treffen, bloot te stellen, te verklaren, dat haar man, een schipper, de goederen, van een behoorlijk adres voorzien, aan het kantoor van den expediteur, met het verder vervoer van goederen belast, had bezorgd, en behoort zij mitsdien als getuige te worden gewraakt? — JA.

Arrest van 28 Junij 1878, n° 1608, . . . bladz. 288.

A. 93. Is *in casu* ten onregte beslist dat alle vordering tegen den voerman of schipper is vernietigd, indien de vervoerde goederen zijn aangenomen en het vrachtloon is betaald? — NEEN.

Heeft de regtb. de aanneming van goederen door den geadresseerde, na begrooting der schade met voorbehoud van zijn regt gedaan, teregt beschouwd als eene aanneming in den zin van dat a.? — NEEN.

Arrest van 31 Mei 1878, n° 1603, ... bladz. 234.

A. 131. Zie op *Koloniale appellen* (West-Indië).

A. 475, 2°, en 702, 2°. Is a. 457, 2°, ook van toepassing op de regtsbetrekking tusschen den ligterschipper, die zich tot lossen bereid heeft verklaard, en den geconsigneerde, die tot lossen verpligt is? — JA.

Arrest van 7 Junij 1878, n° 1604, . . . bladz. 242.

A. 637. Kan de verzekeraar, om de verpligting af te weren, die uit a. 637 K. voor hem voortvloeit, een beroep doen op gebruiken, die zijne aansprakelijkheid voor beschadiging nagenoeg geheel zouden opheffen? — Neen.

Kunnen, bij zeeverzekeringen, vrijstelling van eenig risico, in strijd met a. 637 K., door gebruik regtsgeldig worden? — Neen.

Kunnen bij zeeverzekeringen, bestendig gebruikelijke bedingen, niet in de polis opgenomen, eene vrijstelling van risico ten behoeve van den verzekeraar te weeg brengen? — Neen.

Kan a. 1383 B.-W. van eenigen invloed zijn op de beantwoording eener vraag, wier oplossing door a. 637 K. uitsluitend wordt beheerscht? — Neen.

Arrest van 24 Mei 1878, n° 1602, ... bladz. 226.

A. 711, 722, 734. Is onder de woorden: „opmaken der schade buiten's lânds" in a. 711 K. alleen te verstaan het constateren van het schadecijfer en geenszins eene regeling der bepaling van het voorwerp, hetwelk de schade of de kosten te dragen heeft, zooals in a. 722 j° 734, laatste al., K., uitsluitend met betrekking tot de averijgrosse gevonden wordt? — Ja.

Arrest van 13 Dec. 1875, n° 1617, ... bladz. 391.

WET VAN 28 AUG. 1851, *St.* n° 125.

(Onteigening ten algemeenen nutte.)

A. 4 j° 133 B.-R. Zie hieronder op a. 41, 42, 1e lid, j° 34.

A. 30, 36, 37; a. 34. Zie op a. 41, 42, 1e lid, hieronder.

A. 37, 40, 41 O.-W. j° 147 Grw. Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door *in casu* geen schadeloosstelling toe te kennen: *a.* wegens schade in het bedrijf der olieslagerij ten gevolge van verplaatsing; en *b.* wegens de kosten van wegvoering van op het onteigend wordende terrein aanwezige roerende goederen? — Ja.

Arrest van 16 Julij 1878, n° 1612, . . . bladz. 331.

A. 41. Is eene der in het eerste *middel* van cassatie aangehaalde wetsbepalingen geschonden of verkeerd toegepast, omdat de regtb. de te kapitaliseren jaarlijksche schadeposten, die in deze voor de niet-onteigende goederen het noodzakelijk gevolg van de onteigening zijn, heeft gekapitaliseerd tegen den penning 20? — Neen.

Is de beslissing der regtb., dat, wat het quaestieuse toezigt over het vee achter de spoorbaan gedurende den weitijd betreft, de doorsnijding van des eischers perceel geene nieuwe moeije-

lijkheden zal doen ontstaan, geheel van feitelijken aard en onvatbaar om in cassatie te worden onderzocht? — Ja.

Is het oordeel der regtb. over de naleving van het Kon. besluit van 9 Julij 1875 betrekkelijk de afsluiting der spoorbaan om het voldoende der waarborgen, welke voor den eischer in cassatie in die naleving kunnen zijn gelegen, mede van geheel feitelijken aard, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen? — Ja.

Laat a. 41 Onteigeningswet wel vergoeding toe voor schade, veroorzaakt door het werk, maar *niet* voor schade, veroorzaakt door het gebruik, dat de onteigenaar van het onteigende zal maken? — Ja.

Arrest van 14 Jan. 1878, n° 1581, ... bladz. 23.

A. 41, 42, 1e lid, j° 34. Is *in casu* teregt schadeloosstelling toegekend voor de mindere waarde, welke de niet-onteigende goederen zullen hebben, als noodzakelijk gevolg der onteigening? — Ja.

Had de regter, buiten en behalve het voor het opmaken der schadeloosstelling voor de onteigening van het gehuurde goed onmisbaar berigt van deskundigen, moeten acht slaan op en onderzoek instellen naar den werkelijken tusschen partijen overeengekomen huurprijs? — Ja.

Arrest van 8 Apr. 1878, n° 1595, ... bladz. 156.

GEMEENTE-WET VAN 29 JUNIJ 1851, *St.* n° 85.

A. 135. Is een gemeentebestuur krachtens het aangehaalde a. 135 bevoegd verordeningen te maken omtrent de heffing van eene retributie wegens opening eener schipbrug, door welke brug het gebruik eener bevaarbare en vlotbare rivier, die volgens a. 677 B.-W. aan den Staat behoort, wordt beperkt? — Ja.

Arrest van 26 Apr. 1878, n° 1598, . . . bladz. 182.

A. 238. Moet eene wettiglijk en regtmatig bestaande brug, hoezeer op eene Rijksrivier opgerigt, geacht worden deel uit te maken van het territoir eener gemeente en als eene gemeente-inrigting worden beschouwd, als bedoeld bij a. 238 Gemeentewet? — Ja.

Arrest van 26 Apr. 1878, n° 1598, . . . bladz. 182.

RHIJNVAART-ACTE VAN 1868—69, *St.* 1869, n° 37,

Is de Rhijnvaart-acte van het jaar 1868 van toepassing op de heffingen voor opening en sluiting van de bruggen die mogten

worden ingevorderd op andere waterwegen dan den Rijn en de daarmede gelijkgestelde rivieren, waartoe de IJssel *niet* behoort? — Neen.

Arrest van 26 Apr. 1878, n° 1598, . . . bladz. 182.

KON. BESLUIT VAN 9 JULIJ 1876, *St.* n° 171.

(Voorl. reglement voor de Scheepvaart ter beveiliging der beweegbare brug tegenover de Eenhoornsluis, in het westelijk Dok te Amsterdam, in den Staatspoorweg van Nieuwediep naar Amsterdam.)

Zie het arr. van 14 Jan. 1878, n° 1581, blz. 23.

SPOORWEGEN.

Overeenkomst van 24—25 *Mei* 1876 *tusschen de Regering en de Maatschappij tot exploitatie van Staatsspoorwegen, bekrachtigd bij de wet van* 15 *Nov.* 1876, St. *n°* 210.

A. 64. Moeten de woorden in dit a. der genoemde overeenkomst: „dat geen passage wordt geheven noch ten voordeele van den Staat, noch van eenige provincie of gemeente" in dezen zin worden opgevat dat de Staat wèl aansprakelijk kan zijn voor eene heffing van die gelden, als deze met medewerking of goedkeuring der Regering is geschied, maar niet, waar die heffing buiten haar door anderen, hetzij provincien, hetzij gemeenten, heeft plaats gehad? — Ja.

Arrest van 15 Nov. 1878, n° 1615, . . . bladz. 363.

KOLONIALE APPELLEN.

(West-Indië.)

Wordt om aanspraak te hebben op de premiën die van regeringswege zijn uitgeloofd voor den aanvoer uit Europa van vrije arbeiders in de Kolonie Suriname, bij getallen van minder dan 20, vereischt, dat bij aankomst te Paramaribo aan den agent-generaal ter hand gesteld zij de staat vermeld bij a. 75, al. 2, van het Kon. besluit van 22 Mrt. 1872 (*Gouv.-Blad* n° 8)? — Ja.

Arrest van 15 Febr. 1878, n° 1587, ... bladz. 74.

Moeten onder *bewijsstukken* in a. 151 B.-R. ook worden begrepen andere dan reeds bestaande of waarvan het vaststaat dat zij kunnen worden verkregen? — Niet beslist.

Zijn in ieder geval onder *bewijsstukken* in dit a. alleen te verstaan stukken, van welke *a priori* kan worden aangetoond,

dat zij invloed kunnen hebben op het geding en is dat niet het geval met een later en tusschen een ander dan de litigerende partijen te wijzen vonnis? — JA.

Arrest van 22 Febr. 1878, n° 1589, ... bladz. 93.

Heeft het Hof teregt geoordeeld dat *in casu* de actie bedoeld bij a. 131 K. niet was ingesteld? — JA.

Is onder *houder van wisselbrieven* uitsluitend te verstaan hij, die krachtens een geldig endossement eigenaar van den wissel geworden, dien wissel op den vervaldag in handen heeft, of wel, endossanten aan wie de wissel, uithoofde van op hen genomen regres, is uitgeleverd, doch geenszins de trekker, die den door hem getrokken en geprotesteerden wissel, als hoofdschuldenaar daarvan heeft betaald? — JA.

Volgt daaruit dat a. 1—9, 3°, van het B.-W. voor de Kolonie Curaçao, betreffende de subrogatie, *in casu* niet kan zijn van toepassing? — JA.

Arrest van 12 Apr. 1878, n° 1596, . . . bladz. 172.

Moet de vorm eener acte worden beoordeeld naar de wet van het land alwaar zij is opgemaakt? — JA.

Moet de inhoud der acte, voor zoover daaraan niet in het land, waarin zij is opgemaakt, maar daarbuiten gevolg en uitvoering wordt gegeven, getoetst worden aan de wet van het land waar hare uitvoering wordt gevraagd? — JA.

Is de quaestieuse in Engeland opgemaakte acte derhalve naar de Nederlandsche (Curaçaosche) wet, wat de uitvoering betreft; te beoordeelen als *cessie* of overdragt van eigendom, en *niet* als lastgeving of *mandaat* te beschouwen? — JA.

Is met het begrip van *cessie* volkomen bestaanbaar eene overeenkomst, die eene *lastgeving* inhoudt en waarbij de gecedeerde zich verbindt tot *verantwoording* van een eventueel overschot van het gecedeerde? — JA.

Arrest van 14 Junij 1878, n° 1605, . . . bladz. 255.

Heeft zij, wier naam in eene acte van den Burgerlijken stand als die der moeder wordt vermeld, belang bij die acte en kan zij dus uit eigen hoofde de aanvulling of verbetering daarvan vragen? — JA.

Arrest van 28 Junij 1878, n° 1610, . . . bladz. 312.

Geldt vooralsnog het bepaalde bij a. 254 B.-R. voor de kolonie Curaçao niet, zoodat de bevoegdheid om in hooger beroep te komen moet worden beoordeeld naar het bij de wet van 1869 gehandhaafd en weder voor Curaçao geldend verklaard reglement van 1840? — JA.

Is, volgens a. 1 van dat reglement hooger beroep bij den H.-R. alleen toegelaten in zaken, welker onderwerp de gelds-

waarde van *ƒ* 1000, interessen en proceskosten daaronder niet gerekend, te boven gaat? — Ja.

Heeft het woord: „zaken" in a. 1 van het Reglement van 1840 de beteekenis van „gedingen"? — Ja.

Is het een algemeen geldend regtsbeginsel, dat bij gebreke van wettelijke bepaling, eene zaak vatbaar is voor hooger beroep indien het beloop van den eisch in conventie gevoegd bij dien in reconventie, te boven gaat de regtsmagt van den regter om in het hoogste ressort regt te spreken, of moet de beroepbaarheid dan worden beoordeeld naar het beloop van den eisch in conventie en in reconventie ieder afzonderlijk? — In laatstgemelden zin beslist.

Heeft er splitsing van bekentenis plaats, wanneer de regter aanneemt de bekentenis van plaats gehad hebbende geldleening, zonder acht te slaan op de bijvoeging van algeheele terugbetaling? — Niet beslist.

Arrest van 1 Nov. 1878, n° 1613, ... bladz. 335

Is de regter, ook dan wanneer geëischt is schadevergoeding op te maken bij staat, bevoegd om tot voldoening eener bepaalde som te veroordeelen (a. 559 B.-R. v. Suriname)? — Ja.

Is de toepassing van den hier op den voorgrond geplaatsten regel van dadelijke bepaling van schadebedrag eeniglijk afhankelijk van de mogelijkheid dier bepaling, niet van de omstandigheid of er al dan niet eisch is gedaan tot schadevergoeding, op te maken bij staat, en is het bestaan dier mogelijkheid geheel aan 's regters oordeel overgelaten? — Ja.

Is door de toepassing van dien regel *in casu* aan de wederpartij de gelegenheid benomen hare belangen in het verevenings-proces te doen gelden? — Neen.

Arrest van 27 Dec. 1878, n° 1620, . . . bladz. 420.

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

BURGERLIJK REGT, REGT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE REGTSVORDERING.

N° 1579. — Arrest van 4 Jan. 1878.

(A. 130 volg. B.-R.)

Kan in cassatie worden teruggekomen op de, op de dingtalen rustende en door geenerlei wetsbepaling gewraakte opvatting, waarbij de identiteit is aangenomen der zaak, over welker eigendom *vroeger is geprocedeerd en van die, over welker* bezit *het nu gevoerde geding loopt?* — NEEN.

Moet in gevallen als het onderhavige, waarbij alle bezit als eigenaar is uitgesloten, elke latere bezit-actie tusschen partijen geacht worden in het algemeen, en dus ook wegens beweerde latere stoornis, te zijn geoordeeld inadmissibel? — JA.

De administratie van het Kroondomein heeft de verw. gedagvaard om bij arr. van den H.-R. te hooren vernietigen het vonnis van de arr.-regtb. te Amerfoort van 28 Mrt. 1877, voor zoover daarbij de vordering tegen den tweeden gedaagde J. K. is verklaard niet-ontvankelijk, met verwijzing der zaak naar de arr.-regtb. te Utrecht, om aldaar verder te worden behandeld en afgedaan, met veroordeeling van den verw., nu tweeden gedaagde, in de kosten zoo in eersten aanleg als in cassatie gevallen.

Die dagvaarding steunde op de volgende gronden:

„A. wat de *feiten* betreft, bij het vonnis der arr.-regtb. te Amersfoort van 28 Mrt. 1877 is uitgemaakt bij de eerste

overw. tot de daadzaken betrekkelijk, „dat de vordering door den eischer in cassatie ingesteld bij dagvaarding van 16 Junij 1876 strekte tot „*handhaving in het bezit en genot van tiendregt op zekere perceelen, gemeente Doorn*, Sectie A n[is] 382 en 383„ en om den eischer in het ongestoord bezit en genot van tiendregt op die perceelen te laten, enz.;

„dat eene en andere regtsvordering ingesteld bij dagvaarding van 19 Nov. 1861 door den eischer in cassatie tegen den tweeden ged. in dit geding (naar de feitelijke beslissing, voorkomende in de 15e overw. in regten) strekte „tot vergoeding der schade aan den pachter voor het gemis van de tiend der boekweit, *op het kadastrale perceel, gemeente Doorn*, Sectie A no 456; en voorts voor den tegenwoordigen eischer in cassatie, toen eischer, vergoeding van alle kosten, schaden en interessen door de voormelde tiendweigering aan het Kroondomein berokkend;„

„dat hieruit blijkt, dat ter zake van tiendweigering van blijkens de kadastrale nummers *verschillende* perceelen, in 1861 is ingesteld een *persoonlijke regtsvordering tot schadevergoeding*, en in 1876 eene regtsvordering *over het bezit* van tiendregt op geheel *andere* perceelen;

„dat bij het vonnis van 28 Mrt. 1877 de identiteit van de zaken die in 1861 en in 1876 het voorwerp dezer regtsvorderingen opleverden, wordt afgeleid uit de omstandigheid dat deze van elkander verschillende perceelen zouden behooren tot een tiendblok, genaamd *het tweede* blok van *Doornevoort*, doch dat bij hetzelfde vonnis de *letterlijke* inhoud der dagvaardingen mede is opgenomen, waarvan de conclusien niet spreken van een tiendblok, maar van grondstukken op perceelen, die met de nummers van het kadaster worden aangeduid;

„dat dit verschil op eene in het oog loopende wijze uitkomt, als, bij de 21e overw. in regten, tot het formuleren van de slotsom van 's regters beschouwingen wordt overgegaan, en,

nadat is gezegd dat in 1861 schadevergoeding werd geeischt wegens schending van eigendomsregt *op het tiendblok*, — in 1876 is gedagvaard *tot handhaving* in het bezit, — zonder daarop te laten volgen waarvan; terwijl, indien bij het vonnis hier de conclusie der possessoire vordering ware vermeld (ook volgens hetgeen vroeger daarvan in hetzelfde vonnis voorkomt) zou blijken, dat handhaving in het bezit, niet van het tiendblok maar van tiendregt op bepaalde grondstukken was gevorderd;

„dat voorts in de 16e en 17e overw. in regten is beslist, dat de in 1861 ingestelde vordering bij vonnis van 18 Mei 1864 is *ontzegd*; dat dit vonnis is bevestigd bij arr. van het Hof van Utrecht van 5 Febr. 1866, en de voorziening in cassatie daartegen ingesteld is verworpen bij arr. van den H.-R. van 30 Nov. 1866;

„dat, na alzoo de feitelijke gegevens waarop het aankomt in dezen te hebben vermeld, waarbij nog opmerking verdient dat de tweede verw. die perceelen, welke bij het tegenwoordig geding in aanmerking komen, eerst in 1874 door koop in eigendom heeft verkregen, de vraag in regten moet worden beantwoord of de vroegere vordering, na beëindiging van dat geding in 1866 *in het allerlaatste ressort*, een latere possessoire vordering teregt is afgewezen, op grond van de bepaling van a. 131 B.-R., dat hij die een regtsvordering over *het regt tot de zaak zelve* heeft ingesteld, niet meer is ontvankelijk tot het instellen eener regtsvordering over het *bezitregt*;

„dat, blijkens het hierboven uit het vonnis *in facto* medegedeelde, vooreerst blijkt, dat hier *niet dezelfde zaak*, maar tiendregt op verschillende perceelen het onderwerp der vordering uitmaakt; ten andere dat in 1861 niet eene *revindicatoire*, maar een persoonlijke regtsvordering tot schadevergoeding is ingesteld;

„en eindelijk, dat de toen ingestelde vordering is getermineerd door alle instantien heen, zoodat de het vroeger geding

gevoerd hebbende partijen sedert het arr. van den H.-R. van 30 Nov. 1866, niet meer als zoodanig tegenover elkander staan;

„dat a. 131 B.-R. rust op de vooronderstelling, dat hij, die ten petitoire ageert, daardoor erkent dat zijne tegenpartij is in het bezit; en daarom het aanleggen van een possesoire vordering verbiedt bij een regter, die, niet *dezelfde* zijnde als die ten *petitoire*, een uitspraak zou kunnen vellen, in strijd met het vonnis van dezen laatsten, — maar dat dit een en ander en daarmede de toepasselijkheid van a. 131 vervalt, als de petitoire vordering, hetzij die moge zijn *toe-* of *af*gewezen, geheel en al is afgeloopen, en de partijen *dus op* nieuw hare wederkeerige positien, al of niet gewijzigd, hebben aanvaard, en daaruit naar a. 603 B.-W. nieuw bezit en wederom nieuwe stoornis kunnen zijn geboren, met dit gevolg dat het feit, hetwelk grond oplevert tot het instellen der possessoire vordering, geheel verschilt van dat hetwelk in vroeger tijd tot het instellen eener petitoire vordering aanleiding heeft gegeven;

„dat blijkens genoemde feitelijke gegevens de eischer in cassatie beweert, gedurende jaar en dag het rustig genot van het tiendregt op de perceelen 382 en 383 te hebben gehad, — en hij, naar een juiste opvatting van a. 131, in zijne vordering deswegens niet kon worden verklaard niet-ontvankelijk;

„dat dit mede volgt uit de vergelijking met de a. 130 en 132, die ook als tegenstelling van het in a. 131 uitgedrukt beginsel, geene verdere strekking hebben dan om het instellen der possessoire vordering te verbieden zoolang de petitoire actie hangende is; maar niet om ten eeuwigen dage op een zaak, waarover vroeger ten petitoire is geprocedeerd, als het ware eene interdictie uit te spreken, om *ter zake van stoornis in het bezit* ooit of te immer bij den regter deswege handhaving in het bezit te komen vragen tegen hem, die de stoornis heeft gepleegd, als men vroeger ten petitoire zijne regtsvordering tegen dienzelfden heeft gewonnen of verloren;

»dat intusschen bij het vonnis van 28 Mrt. 1877 die extravagante wets-interpretatie zijnde aangenomen, hierdoor is geschonden en verkeerd toegepast a. 131, in verband met de a. 128, 129, 130 en 132 B.-R., alsmede in verband met de a. 603, 604, 606, 613, 614, 1992 en 1993 B.-W.«

Voor den verw. is de volgende conclusie genomen:

»A. de eischer in cassatie als *eenig middel* aanvoert: verkeerde toepassing van a. 131, in verband met de a. 128, 129, 130 en 132 B.-R. en met de a. 603, 604, 606, 613, 614, 1992 en 1993 B-W., op grond:

»1°. dat niet dezelfde zaak, maar tiendregt op verschillende perceelen het onderwerp der beide vorderingen uitmaakt;

»2°. dat de eerste vordering niet was eene revindicatoire, maar eene persoonlijke regtsvordering tot schadevergoeding;

»3°. dat a. 131 B.-R. het instellen eener possessoire vordering slechts verbiedt, zoo lang de petitoire actie hangende is, terwijl die *in casu* reeds lang was beëindigd;

»A. *ad I* bij het beklaagde vonnis, na vergelijking der beide dagvaardingen uitdrukkelijk is beslist, dat èn vroeger bij de petitoire als thans bij deze possessoire vordering *dezelfde* tiendregten *in lite* waren en zijn, welke beslissing, als betreffende den aard en de strekking van ingestelde regtsvorderingen, is van zuiver feitelijken aard, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen;

»A. die beslissing niet alleen niet in strijd is met eene der aangehaalde wetsbepalingen, doch bovendien allezins juist is, waar blijkt, dat zoo al tiendregt op bepaalde en verschillende perceelen het onmiddellijk object van beide vorderingen is, zulks bij beiden alleen het geval is als gevolg en gedeelte van *een zelfde uitgebreider tiendregt*, dat zou drukken op eene geheele streek;

»A. *ad II* de beslissing van den *judex facti*, dat de eerste vordering was eene petitoire vordering, evenmin in cassatie kan worden aangetast;

„A. de eischer den petitoiren aard van dat geding bij den *judex facti* nimmer heeft betwist, doch integendeel blijkens de 7e overw. *quoad facta* van het beklaagde vonnis, uitdrukkelijk heeft erkend;

„A. de vordering, strekkende tot vergoeding van schade enz., door tiendweigering geleden, thans zeer ten onregte door den eischer eene persoonlijke wordt geheeten, daar ze geenszins ten onderwerp had de vervulling eener persoonlijke verbindtenis, voortvloeijende uit overeenkomst of uit de wet (zie a. 129 B.-R.), doch gebaseerd was op den eigendom van het beweerde tiendregt, wat juist het kenmerk is van eene petitoire vordering, die ook uit den aard der zaak tegen een bepaalden persoon moet zijn gerigt;

„A. *ad III*, a. 131 B.-R. in zeer algemeene bewoordingen het instellen eener regtsvordering over het bezitregt verbiedt aan hem, die eene regtsvordering over het regt *tot* de zaak zelve heeft ingesteld, zonder, gelijk in a. 132, dat verbod te beperken tot dien tijd, dat de eerste actie aanhangig is;

„A. dan ook de beperkte strekking door den eischer aan a. 131 toegekend in de wet zelve niet den minsten steun vindt;

„A. trouwens het verbod van a. 130 B.-R. om de beide acties te *cumuleren* reeds het instellen van de possessoire actie, zoo lang de petitoire nog aanhangig is, verhindert, zoodat a. 131 volgens de interpretatie des eischers ten eenenmale overbodig zou zijn;

„A. daarentegen de kennelijke strekking van a. 131 is om hem, die de petitoire actie heeft ingesteld *en verloren*, te beletten op nieuw den gedaagde vroeger of later lastig te vallen met eene possessoire vordering, die altijd gegrond zal moeten zijn op een bezit, dat *per se* onregtmatig is, daar reeds tusschen die partijen is uitgemaakt, dat de beweerde bezitter geen eigenaar is, en aan welk bezit dus het eerste gevolg van alle bezit,

dat de bezitter voorloopig als eigenaar wordt aangemerkt, niet kan verbonden zijn;

„A. dus het aangevoerde *cassatie-middel* in alle opzigten is ongegrond, terwijl eindelijk nog moet worden opgemerkt:

„*a.* dat des eischers beweren, dat de verw. de bij deze vordering bedoelde perceelen eerst in 1874 door koop in eigendom zou hebben verkregen, geenszins door de feitelijke beslissingen geregtvaardigd wordt, — en

„*b.* dat de vordering tegen den mede-verw. op geheel andere gronden is ontzegd, tegen welke ontzegging geen beroep in cassatie is ingesteld, althans geene *middelen* zijn aangevoerd, weshalve deze verw., zelfs in het overhoopte geval van cassatie, niet kan worden veroordeeld in de kosten op die vordering, hetzij in eersten aanleg, hetzij in cassatie gevallen;

„Zoo concludeert Mr. E. N. DE BRAUW, als vertegenwoordiger des verweerders, dat bij arr. van den H.-R. het beroep in cassatie worde verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten daarop gevallen.”

Voor den tweeden verw. is de volgende conclusie genomen:

„A. de voor de arr.-regtb. te Amersfoort tegen dezen verw. ingestelde vordering bij het beklaagde vonnis is ontzegd en tegen dat gedeelte van het vonnis geen beroep in cassatie is ingesteld, althans geene middelen zijn aangevoerd, zoo verzoekt Mr. E. N. DE BRAUW, als vertegenwoordiger van den mede-verw. J. K., acte dat deze zich aan het oordeel van den H.-R. omtrent het ingestelde beroep in cassatie refereert; concluderende dat de eischer worde veroordeeld in de kosten aan zijne zijde op het beroep in cassatie gevallen.”

In deze zaak heeft de Proc.-G. RÖMER genomen de volgende conclusie:

„De eischer in cassatie is bij het bekl. vonnis niet-ontvankelijk verklaard in zijne regtsvordering, strekkende om gehand-

haafd te worden in het bezit en genot van tiendregt op zekere perceelen, breeder bij het vonnis omschreven.

„Die niet-ontvankelijk verklaring berust daarop, dat de eischer vroeger een regt van tiend heeft beweerd op het *tiendblok* waartoe de bewuste perceelen behooren; dat hem zijne vordering ten *petitoire* is ontzegd, en hij mitsdien geen possessoire actie te dier zake meer kan instellen.

„Bij het tegen die beslissing aangevoerde *middel* van cassatie wordt de schending en verkeerde toepassing beweerd van a. 131 in verband met de a. 128, 129, 130, 132 B.-R. en van de a. 603, 604, 606, 613, 614, 1992 en 1293 B.-W.

„Het *middel* is bij de pleidooi tot een eenvoudigen term teruggebragt. Het vonnis houdt geene beslissing in over den aard der regtsvordering; de a. 128 en 129 kunnen dus buiten aanmerking blijven; de possessoire actie is ingesteld *tien* jaren nadat de vordering ten *petitoire* in het hoogste ressort is beslist; van een *vereenigd* INSTELLEN der vorderingen kan dus geene sprake zijn; en daar de vordering is ingesteld door den eischer en niet door den verw., heeft evenmin schending of verkeerde toepassing van de a. 130 en 132 plaats gehad. Het vonnis houdt voorts geene beslissing in over den aard van het bezit, en de geachte pleiter is in gebreke gebleven aan te wijzen in welk opzigt de a. B.-W. omtrent het bezit, of de regten daaruit voortvloeijende, door de regtb. zijn geschonden of verkeerd toegepast; en de a. 1992 en 1993 *ibid.* bepalen slechts welke soort van bezit *verjaring* te weeg brengt, maar bepalen overigens niets omtrent de vorderingen die, ingeval van bezit, kunnen worden ingesteld.

„De beslissing van dit geding in cassatie bepaalt zich dus tot de vraag, of de *judex facti* a. 131 B.-R. verkeerd heeft toegepast door bij de gegeven feitelijke beslissing de ingestelde vordering niet-ontvankelijk te verklaren.

„Wat is nu *in facto* beslist? De regtb. beslist, en ik houd

die beslissing op de daarvoor door den geachten raadsman voor den verw. aangevoerde gronden, voor feitelijk, dat bij de possessoire vordering thans ingesteld, dezelfde *tiend*REGTEN *in lite* zijn, als die waarover de actie ter petitoire in 1861 heeft geloopen.

„De regtb. leidt dit af uit de strekking der verschillende actien en uit de ligging der perceelen, waarvan de tiend is gevorderd, in hetzelfde tiendblok. En nu is de regtsvraag deze, in hoeverre bij a. 131 voornoemd is verboden het instellen eener possessoire actie, nadat het geding ten petitoire in het hoogste ressort is beslist. De woorden van het a., dat hij die eene regtsvordering over het regt tot de zaak zelve heeft ingesteld *niet meer* ontvankelijk is tot het instellen eener regtsvordering over het bezitregt, schijnen haar voor altijd uit te sluiten.

„Die woorden zijn echter m. i. te onbestemd om aan te nemen dat de wetgever daarin zijne gedachte juist heeft uitgedrukt. Zij leiden tot regtsgevolgen, die de wetgever niet kan hebben bedoeld.

„Het is toch denkbaar, dat hij wiens actie ten petitoire is ontzegd, later krachtens een informelen titel de *res litigiosa bona fide* en *animo domini* gaat bezitten, en toch zou bij stoornis in dat bezit, hetwelk voldoende zou zijn *ad usucapionem*, geen actie tot handhaving of herstelling vrijstaan, omdat hij vroeger dezelfde zaak heeft gevindiceerd, en daardoor verondersteld wordt *toen* het bezit van zijne tegenpartij te hebben erkend.

„DALLOZ, in voce *Action possessoire* n° 621, neemt a. 26 *C. de Proc. Civ.* niet in die ruimen zin op; hij kent de bevoegdheid toe om de *complainte* in te stellen „à raison d'un „second trouble commis dans cette instance„; er is daarin volgens hem geen verboden cumul der beide actien. En in voce: *Chose jugée* n° 130 zegt hij: „celui qui a d'abord agi „au pétitoire est censé avoir reconnu la possession de son

»adversaire et n'est plus recevable à agir au possessoire, *si ce »n'est en vertu d'une* possession nouvelle.» A. 26 is volgens hem, »la réminiscense de l'ancien adage: »*Electa una via non datur regressus ad alteram.*»

»HENRION DE PANSEY, *de la Compétence etc.* p. 511, neemt het a. in dien zin op, dat daarbij wordt verboden het *gelijktijdig* aanhangig zijn der beide actiën voor den regter. Hij zegt: »on »me dépossède, j'intente une action en révendication; ensuite, »et *sans m'en departir*, je forme une demande en complainte. »La complainte serait écartée par un texte formel.» En bij noemt als zoodanig niet a. 25, maar a. 26 van den *Code*. En dan vervolgt hij: »rien n'est plus raisonnable; les deux voies »lui étaient ouvertes; le choix qu'il a fait, a consommé son »droit: s'il en était autrement, il y aurait *simultanément* »deux procès pour le même objet.»

»CARRÉ, *Lois de la procédure civile*, Quest 128, zegt: »cet »article suppose une action pétitoire *intentée*, non *jugée*; puis»qu'il serait *absurde*, qu'une partie voulut disputer sur la »possession après jugement sur la question de propriété.» Die ongerijmdheid berust op het beginsel, dat het instellen der petitoire actie is de erkenning dat de tegenpartij bezitter is, zoodat dit bezit later niet meer kan worden betwist.

»Ook ROGRON zegt: »il est évident que si déjà il y a juge»ment sur le pétitoire, il est *à plus forte raison* non recevable »à *revenir* par l'action possessoire, puisque l'action pétitoire, »comprenant la possession, il y aurait *chose jugée* même sur »le possessoire.»

»Deze schrijvers nemen mitsdien aan, dat het a. eene *gelijktijdige* behandeling der beide regtsvorderingen op het oog heeft; doch houden de latere instelling der possessoire actie voor ongerijmd, op grond van het beginsel waarop het a. berust, en uit dien hoofde voor niet-ontvankelijk. Zoo opgevat, zou a. 130 verbieden het vereenigd *instellen* der vorderingen, en a. 131

het recurreren tot het possessoir geding, nadat de *rei vindicatio* is ingesteld. DE PINTO, *Regtsvord.* II, 257, zocht ook den grond van het a. daarin, dat hij die de petitoire actie instelt, afstand doet der possessoire, omdat hij het bezit als *feit* bij zijn tegenstander erkent; hij acht de latere complainte niet-ontvankelijk, hetzij de eischer in het petitoir geding al dan niet heeft gezegevierd.

»Ook CARRÉ op a. 26 zegt: »on tient pour principe incon»testable, que celui qui se pourvoit au *pétitoire*, est *de droit* »présumé avoir renoncé au possessoire, et reconnu la posses»sion de celui contre lequel il revendique la chose.» Zooals de zaak zich thans voordoet, zou a. 181 verkeerd zijn toegepast, maar het dictum van het vonnis echter juist zijn.

»Het komt mij voor dat de zwarigheden, waartoe de woorden van het a. aanleiding geven, bij geen dezer opvattingen geheel worden opgelost. De woorden zijn onbestemd; zij bepalen niet of de latere actie ook moet zijn tusschen dezelfde personen; en daaruit kan niet met zekerheid worden opgemaakt of het a. ook toepasselijk is, wanneer de possessoire actie wordt ingesteld *na* de uitspraak ten petitoire, of slechts *hangende* dat geding.

»Ik zou meenen met DALLOZ, dat eene nieuwe stoornis *hangende* het geding haar kan wettigen, omdat de *rei vindicatio* is ingesteld, ter zake van eene vroegere stoornis. En ik houd haar evenzeer voor ontvankelijk *na* de beslissing van het geding ten petitoire, indien zij haren grond vindt in een ander bezit der zaak, waarin de bezitter is gestoord, dan dat, hetwelk de eerste actie in het leven heeft geroepen.

»Er bestaat dan toch geene praesumptie, dat de eischer het bezit zijner tegenpartij heeft erkend. Ik geloof derhalve dat de *ratio decidendi* deze moet zijn, dat ter zake van dezelfde stoornis in hetzelfde bezit der zaak, welke het onderwerp heeft uitgemaakt der *rei vindicatio*, noch hangende dit geding,

noch later de *action en complainte* kan worden ingesteld.

„Men kan met CARRÉ zeggen: *cette action serait absurde;* ofschoon over het bezit geene *chose jugée* is, zooals ROGRON wil aannemen.

„Op grond van welke feitelijke beslissing is nu bij het bekl. vonnis de niet-ontvankelijk-verklaring der possessoire actie uitgesproken? Ik acht het voldoende de aandacht van den H.-R. te vestigen op de voorlaatste overw. *quoad jus;* zij vat de voorafgaande overwn als het ware te zamen.

„O., zegt het vonnis: „dat in 1861 werd gevorderd vergoeding van kosten, schaden en interessen, omdat de gedaagde „het *eigendomsregt* van den eischer had geschonden op het „*tiendblok*, het tweede blok van Doornevoort, doordien hij geen „tiend liet van het onder dat blok gelegen kadastraal perceel „Doornᵗ, Sectie A, nº 456; en *nu* wordt gevraagd handhaving „in het *bezit*, omdat *dezelfde* gedaagde den eischer zou „gestoord hebben in zijn wettig *bezit* als eigenaar van het „*tiendregt*, genaamd en bekend onder den naam van het *tweede* „blok van Doornevoort, doordien de gedaagde geen tiend liet „van de onder dat blok gelegen kadastrale perceelen, Doorn „Sectie A, ni 382, 383."

„De beide gedingen zijn dus gevoerd tusschen dezelfde personen. Zij betreffen beide stoornis van een beweerd tiendregt op een bepaald aangewezen tiendblok.

„Ik meen daarop vooral de aandacht van den H.-R. te moeten vestigen, omdat het bezit van tiendregt op één perceel in een tiendblok, ofschoon men dit op andere perceelen mist, zich m. i. zeer goed laat denken; op het eene perceel kunnen tiendbare vruchten zijn geteeld, op het andere niet.

„Indien bij de eerste actie tiendregt was *gevindiceerd* op een bepaald perceel, zou zij aan de *possessoire* actie wegens stoornis van bezit van tiend op een ander perceel, niet in den weg hebben gestaan, al waren beide perceelen gelegen onder hetzelfde tiendblok.

»Maar de *casuspositie* is deze: dat de eischer zijne actie heeft gegrond op een regt van tiend op het geheele blok; en *dientengevolge* op de omschreven perceelen. Hij moet dus geacht worden het bezit van tiend op dat tiendblok niet te hebben gehad, althans te hebben erkend in dit opzigt, om welke redenen dan ook, geen regt tegen den verw. te kunnen beweren. Hij heeft niet beweerd, althans uit de feitelijke beslissing van het vonnis blijkt dit niet, dat na de beslissing van het eerste geding een nieuw bezit is ontstaan. En nu geloof ik, dat de regtb. door de latere actie op grond van a. 131 B.-R. niet-ontvankelijk te verklaren, dat a. niet verkeerd heeft toegepast.

»Ik meen te moeten concluderen tot verwerping der voorziening, en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

»O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 131, in verband met de a. 128, 129, 130 en 132 B.-R. en met de a. 603, 604, 606, 613, 614, 1992 en 1993 B.-W., omdat bij het vonnis, waartegen de voorziening is gerigt, na de afwijzing in 1866 in het hoogste ressort eener petitoire vordering, ten onregte zou zijn niet-ontvankelijk verklaard des eischers tegen den verweerder ingestelde possessoire vordering, op grond der bepaling van a. 131 B.-R., waarbij is vastgesteld niet-ontvankelijkheid eener regtsvordering over het bezitregt ten aanzien van hem, die heeft ingesteld eene regtsvordering over het regt tot de zaak;

»O. ten aanzien van dit *middel*, dat van schending of verkeerde toepassing der a. 128 en 129 B.-R. in deze geene sprake kan zijn, zoowel omdat over den petitoiren aard der in 1861 ingestelde vordering geen verschil is geweest, als omdat die aard bij het bestreden vonnis, blijkens de overw. 15, 16 en 18 *quoad jus*, afgeleid zijnde uit de dagvaarding, waarbij het

in 1866 beëindigd geding is aangevangen en uit de daarop gedane uitspraken, als ten eenemale *facti*, onherroepelijk vaststaat;

»O., dat bij het vonnis *a quo* niets is beslist aangaande den aard en de regtsgevolgen van bezit en alzoo, als buiten toepassing gebleven, niet kunnen zijn geschonden of verkeerd toegepast de bij het *middel* aangehaalde a. 603, 604, 606, 613, 614, 1992 en 1993 B.-W.;

»O., dat alzoo bij de beoordeeling der voorziening alleen in aanmerking komen de a. 130, 131 en 132 B.-R. in hun onderling verband, en dat het dan in dat verband hoofdzakelijk aankomt op a. 131, vermits toch *in casu* het geschil heeft geloopen noch over vereenigde of gelijktijdige instelling van eenige petitoire en possessoire vordering, waaromtrent voorziet a. 130, noch over het instellen eener petitoire vordering door den in een possessoir geding betrokken verw., waarop betrekking heeft a. 132;

»O., dat de gegrondheid van het *middel* derhalve geheel neêrkomt op beweerde schending of verkeerde toepassing van a. 131 B.-R., waarop de uitgesproken niet-ontvankelijk verklaring eeniglijk rust;

»O. nu, dat tot staving van het alzoo beperkt *middel* in de eerste plaats is aangevoerd, dat niet dezelfde personen, tusschen welke vroeger ten petitoire is geding gevoerd, hier tegenover elkander zouden staan, en dat ook het onderwerp van het vroeger gevoerd petitoir geding niet zou hebben betroffen dezelfde zaak, als die waarop betrekking heeft het thans aanhangig gemaakt possessoir geding, vermits dit laatste raakt geheel andere kadastrale perceelen dan die, waarop doelde het vroeger petitoir geding;

»O., dat dit een en ander geheel afstuit op de 18e, 19e, 20e en 21e overw. van het bestreden vonnis in verband met de daaraan voorafgaande cons., waarbij de identiteit der zaak

over welker eigendom vroeger is geprocedeerd en van die, over welker bezit het nu gevoerde geding loopt, is aangenomen op grond van den inhoud en de strekking der vroegere actie ten petitoire en van de nu ingestelde vordering over het bezitregt, zooals die uit de dingtalen is afgeleid, als betreffende beiden zoowel de in deze tegen elkander over staande partijen, als een en dezelfden bloktiend, en dus een tiendregt op eene geheele streek en op alle daarin gelegen perceelen, zonder dat daarop van invloed kan zijn het verschil van perceelen van vroeger en van nu, als altijd behoorende tot en onderworpen aan denzelfden bloktiend, het onderwerp van geschil in beide gedingen;

»O., dat toch op die, op de dingtalen rustende en door geenerlei wetsbepaling gewraakte opvatting, in cassatie niet is terug te komen, en daaruit ook niet tot de in deze beweerde schending of verkeerde toepassing der wet is te besluiten;

»O., dat als tweede grond voor het *middel* is bijgebragt dat a. 131 de ontvankelijkheid eener latere possessoire vordering alleen zou uitsluiten hangende een geding over het regt van eigendom op de zaak, maar geenszins na beëindiging van dit laatste, wegens daarna plaats gehad hebbende stoornis in het bezit;

»O. daaromtrent, dat het hier niet geldt eene possessoire actie wegens stoornis, opgekomen na beëindiging van een in het voordeel des petitoiren eischers beslist geding, maar integendeel terwijl deze daarin is gesuccumbeerd, en alzoo zijne petitoire vordering is ontzegd;

»O. dat, wat er nu ook zijn moge van de al of niet toepasselijkheid van a. 131 wegens stoornis, opgekomen na een, in het voordeel des petitoiren eischers beslist geding, die toepasselijkheid in het hier gegeven geval van afwijzing eener petitoire vordering teregt is aangenomen;

»O. immers, dat in zoodanig geval, althans tusschen de

partijen, wie het petitoir geding heeft betroffen, en opzigtens de zaak die daarvan was het onderwerp, ten aanzien van den oorspronkelijken petitoiren en lateren possessoiren eischer, — immers waar niet blijkt van eene inbezitneming zijnerzijds nadat het petitoir geding was uitgewezen, en dus tusschen partijen dezelfde regtsverhouding is blijven bestaan, — alle bezit als eigenaar is uitgesloten, en uit dien hoofde elke latere bezitactie tusschen partijen moet geacht worden in het algemeen, en dus ook wegens beweerde latere stoornis, te zijn geoordeeld inadmissibel;

»O., dat dan ook bij het bestaan eener zoo afdoende reden dier inadmissibiliteit de algemeenheid van a. 131, immers zeker in het hier zich voordoend geval, de toepasselijkheid daarvan medebrengt;

»O. eindelijk, dat indien het a., volgens het beweren des eischers in cassatie, alleen zou moeten strekken om den aanleg van eene vordering over het bezitregt eener reeds ten petitoire litigieuse zaak, slechts hangende dit laatste geding af te snijden, daaromtrent reeds op afdoende wijze is voorzien door het verbod van cumul in a. 130, en a. 131 alsdan ten eenemale zou zijn onnoodig en zonder bepaalde afzonderlijke strekking;

»O., dat even daarom a. 131 moet worden geacht te zijn van wijderen en meer omvattenden omvang dan a. 130, en, zal het niet zonder beteekenis worden geacht, althans zeker teregt bij het bestreden vonnis is toegepast op de actuele possessoire vordering, ingesteld na beëindiging van het vroeger petitoir geding in het nadeel van den vroegeren en tegenwoordigen eischer;

»O., dat derhalve het aangevoerde *middel* van cassatie is ongegrond;

»Verwerpt de voorziening;

»Veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen.»

N° 1580. — Arrest van 11 Jan. 1878.

(A. 1604 B.-W.)

Kan waar de judex facti *eene ontkentenis der beweerde huurovereenkomst door eene der partijen heeft aangenomen, in cassatie de bewering opgaan, dat in werkelijkheid een gebrek van volledig bewijs door bekentenis zoude bestaan, hetwelk de uitsluiting van getuigenbewijs, volgens a.* 1604 *B.-W., niet zou regtvaardigen?* — Neen.

Behelst dit a. een voorschrift van openbare orde, waaraan, ondanks de houding van partijen, de regter is gebonden? — Ja.

Bij arr. van het geregtshof te Arnhem van 3 Jan. 1877 tusschen partijen gewezen, is bevestigd het vonnis door de regtb. te Zwolle, op 15 Mrt. 1876 tusschen partijen uitgesproken; daarvan is de eischer in cassatie gekomen in hooger beroep. Bij dagvaarding zijn de volgende *middelen* van cassatie aangevoerd:

„A. bij dit arr., schoon daarbij *in facto* wordt geconstateerd, dat de beweerde huur door den verw. voorwaardelijk was erkend, en door hem op a. 1604 B.-W. geen beroep was gedaan, evenwel op grond van dat a. en a. 48 B.-R. het door den eischer aangeboden bewijs is ontzegd;

„A. door deze beslissing a. 1604 B.-W. en a. 48 B.-R. zijn geschonden en verkeerd toegepast, op grond dat de wet voor de uitsluiting dat het getuigenbewijs vordert eene uitdrukkelijke ontkentenis der huur en niet een gebrek van volledig bewijs door bekentenis, en de uitsluiting van het getuigenbewijs in a. 1604 B.-W. niet is van publieke orde, maar eene nietontvankelijkheid van welke afstand kan worden gedaan, en welke dus niet, is zij niet voorgesteld, ambtshalve door den regter mag worden aangevuld;

„A. het Hof door deze zijne beslissing geen uitspraak hebbende gedaan, omtrent der partijen beweringen bij vernietiging van 's Hofs arr., verwijzing zal moeten plaats hebben;"

En op deze gronden geconcludeerd, bij arr. van den H.-R. te hooren vernietigen het arr. door het geregtshof te Arnhem

op 3 Jan. 1877 tusschen partijen gewezen, en voorts de zaak naar gemeld geregtshof te hooren terugwijzen, met last, die onder de inachtneming van 's H.-R' beslissing verder te behandelen en af te doen, met veroordeeling van den verw. in de kosten in cassatie gevallen.

Voor den verw. is de volgende conclusie genomen:

„A. door den eischer als eenig *middel van cassatie* is voorgesteld: schending van a. 1604 B.-W. en a. 48 B.-R., omdat het beklaagde arr., schoon constaterende dat de beweerde huur door den verw. voorwaardelijk was erkend, en dat door hem op a. 1604 geen beroep was gedaan, evenwel op grond van dat a. en a. 48 B.-R. het door den eischer aangeboden bewijs heeft ontzegd;

„A. intusschen het beklaagde arr., wel verre van te constateren, dat de beweerde huur door den verw. voorwaardelijk was erkend, integendeel in de 3e overw. *quoad jus totidem verbis* daadzakelijk beslist: „dat door den geintim. (nu verw.) het tot stand gekomen zijn dier huurovereenkomst wordt ONTKEND," waaruit volgt, dat het eerste gedeelte van het *middel* op een onjuisten *feitelijken* grondslag berust;

„En wat het *tweede en laatste middel* betreft:

„A. a. 1604 B.-W. den regter verbiedt, om in het aldaar bedoelde en *in casu* aanwezige geval getuigenbewijs *aan te nemen*, en zulks *onvoorwaardelijk*, dat is onverschillig of de ontkennende partij zich al dan niet op dat verbod heeft beroepen;

„A. hieruit van zelf voortvloeit, dat waar voormeld beroep (gelijk hier) *niet* is gedaan, de regter niet alleen bevoegd, maar zelfs verpligt is de onaannemelijkheid van het getuigenbewijs zelfs ambtshalve uit te spreken, hetgeen alzoo *in casu* volkomen te regt en met allezins juiste toepassing van a. 1604 B.-W. is geschied;

„A. ten overvloede hierbij nog komt, dat a. 48 B.-R. den regter even onvoorwaardelijk verpligt om der partijen regtsgronden zelfs *d'office* aan te vullen;

»A. *in casu* alléén van zulk een regtsgrond sprake is, zoodat des eischers gansche redenering over niet-ontvankelijkheden van welke afstand kan worden gedaan, ten deze alle toepassing mist:

»A. afgescheiden van dit alles, quaestien over de al of niet toelaatbaarheid van getuigenbewijs, uit haren aard wel degelijk zijn van publieke orde, zoodat, gesteld hier ware sprake van eene niet-ontvankelijkheid, ook om die reden te regt *d'office* zou zijn uitgesproken;

»A. derhalve het tweede gedeelte van het *middel in jure* is ongegrond, en dat *middel* in zijn geheel dus volstrekt onaannemelijk;

»Zoo concludeert Mr. J. G. Rochussen als advocaat van verw. i. c., dat bij arr. van den H.-R. het ten deze door den eischer ingesteld beroep in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten.»

Voor den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Smits in deze de volgende conclusie genomen:

»De vordering van den eischer strekte tot ontbinding van eene huurovereenkomst, betreffende eenige perceelen onroerend goed, welke hij beweert mondeling met den lasthebber van den verw. te hebben aangegaan, en niet te zijn ten uitvoer gebragt.

»Naar aanleiding van de verdediging van den verw. had hij een getuigenbewijs aangeboden.

»De verw. achtte dit bewijs niet ter zake dienende en afdoende en verzette zich op dien grond daartegen.

»Het Hof was, bij het bestreden arr. van oordeel, dat het getuigenbewijs *in casu* was niet toelaatbaar, en ontzegde, bij het overigens onbewezen zijn der gepretendeerde huurovereenkomst, den eisch.

»Tegen deze beslissing is als *cassatie-middel* aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1604 B.-W. en 48 B.-R., op grond, dat de beweerde huur voorwaardelijk zou zijn erkend en a. 1604 voor de uitsluiting van het getuigen-

bewijs zou vorderen eene uitdrukkelijke ontkentenis der huur en niet een gebrek aan volledig bewijs door erkentenis en de uitsluiting van het getuigenbewijs in a. 1604 niet is van publieke orde, maar eene niet-ontvankelijkheid, van welke afstand kan gedaan worden, en welke dus niet, is zij niet voorgesteld, ambtshalve door den regter mag worden aangevuld.

„Het eerste gedeelte van het *middel* mist m. i. zijn feitelijken grondslag.

„Dat de beweerde huur voorwaardelijk zou zijn erkend, vindt men nergens in het arr. vermeld. Integendeel wordt in de tweede overw. *quoad jus* van het arr. op den voorgrond gesteld, dat de toen geint. (nu verw.) de posita van den app. (nu eischer) heeft *ontkend*, terwijl voorts in die overw. worden vermeld de sustenuen van den verw. ten aanzien van *onderhandelingen* over de verhuring met den eischer, welke echter tot geene overeenstemming hebben geleid, zoodat geen huur en verhuur was tot stand gekomen, terwijl in de derde overw. door het Hof met zoovele woorden wordt gezegd, dat door den geint. het tot stand komen der huurovereenkomst *wordt ontkend*.

„Wat het tweede gedeelte van het *middel* betreft, komt het mij voor, dat het Hof evenzeer op grond van a. 1933 als van a. 1604 B.-W. het bewijs door getuigen niet admissibel had kunnen oordeelen, omdat, volgens de eerste overw. van het arr., hier sprake is van een huurprijs van *f* 750.

„Het is evenwel waar, dat de verw. zich evenmin op a. 1933 als op a. 1604 heeft beroepen om het getuigenbewijs te keeren, maar evenzeer staat het vast, dat hij zich tegen het getuigenbewijs heeft verzet en volstrekt geen afstand heeft gedaan van de bij die a. vermelde uitsluiting.

„Ik geloof dat hier niet de vraag behoeft beantwoord te worden of het Hof, door op grond van a. 1604 B.-W. het getuigenbewijs niet toelaatbaar te achten, meer een regts*middel* dan een regts*grond* heeft aangevuld, omdat het mij voorkomt

dat de bepalingen omtrent het uitsluiten in zekere gevallen van het getuigenbewijs, bijzonder ook de bepaling van a. 1604, betreft de publieke orde, en dus door den regter ***ambtshalve*** moet toegepast worden.

»Die bepaling toch is zeer stellig. Geen bewijs door getuigen ***kan*** worden ***aangenomen.*** Het is dus een verbod aan den regter, en de grond van die bepaling is niet het belang der enkele in iedere zaak tegenover elkander staande partijen alleen, maar in de eerste plaats het algemeen belang.

»De uitsluiting toch van het getuigenbewijs bij de a. 1604 en 1933 B.-W., evenals bij de a. 1715 en 1841 *C. C.* heeft tot doel, behalve het voorkomen van omkooping van getuigen, in de eerste plaats het voorkomen van vele kleine en gewaagde processen. Die grond werd reeds opgegeven in de ***»préambule«*** van *l'ordonnance de* MOULINS, waaruit de uitsluiting van het getuigenbewijs haar oorsprong heeft. (Zie MOURLON, ***Répétitions*** etc. II, n° 1599), en wat meer bepaald betreft a. 1715 *C. C.* waarvan ons a. 1604 de navolging is, vindt men daaromtrent in het ***Exposé des motifs*** aangeteekend: »Cet article, tel qu'il »est conçu, évite ***bien des procès***, sans que l'interêt d'aucun y »soit lésé etc.«

»De meeste schrijvers zijn dan ook van oordeel, dat zelfs niet met toestemming van beide partijen aan die a. kan worden gederogeerd. Zij zijn door den pleiter vóor den verw. aangehaald en wat de Franschen betreft, vermeld bij DALLOZ, ***Rép.***, voce ***Obligations*** n° 4615; onder hen vestig ik bijzonder de aandacht op TOULLIER, IX, n° 36—41; LAROMBIÉRE, op a. 1347 n° 1; MARCADÉ, V, op a. 1348 n° 8; DIEPHUIS, ***Ned. Regt*** IX, n° 229 en Mr. DE PINTO in *Themis*, 1862, bl. 294.

»Ten allen overvloede merk ik op, dat de schrijvers die van eene andere meening zijn, — als b. v. DALLOZ, *l.l.*, DURANTON en BONNIER, *Traité des preuves*, — aannemen, dat met uitdrukkelijke *toestemming* van partijen aan de bepalingen omtrent

de uitsluiting van het getuigenbewijs kan worden gederogeerd, maar van dergelijke toestemming is, zooals ik reeds mededeelde, hier geen sprake.

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1604 B.-W. en a. 48 B.-R., op grond, dat de wet voor de uitsluiting van het getuigenbewijs vordert eene uitdrukkelijke ontkentenis der huur, en niet een gebrek van volledig bewijs door bekentenis, en de uitsluiting van het getuigenbewijs in a. 1604 B.-W. niet is van publieke orde, maar eene niet-ontvankelijkheid, van welke afstand kan worden gedaan en welke dus niet, is zij niet voorgesteld, ambtshalve door den regter mag worden aangevuld;

„O., dat in het bestreden arr. niet (gelijk in het *middel* gesteld wordt) is aangenomen, dat de beweerde huur gedeeltelijk of voorwaardelijk zou zijn erkend, maar dat, voorop stellende dat de geïnt., nu verw., de posita van den app., nu eischer, had ontkend, daarin alleen wordt vermeld de sustenuen van den verw. ten aanzien van onderhandelingen over de verhuring met den eischer, terwijl in de 3e overw. *quoad jus* uit de beweringen van partijen uitdrukkelijk wordt afgeleid, dat het tot stand gekomen zijn der beweerde huurovereenkomst door den geïnt. wordt ontkend;

„O., dat alzoo wel blijkt van ontkentenis maar niet van eenige erkentenis der beweerde huur, en dat mitsdien het eerste gedeelte van het *middel* zijn feitelijken grondslag mist;

„O. voorts, dat de bepaling van a. 1604 B.-W., dat wanneer de huur, zonder geschrift aangegaan, nog op geenerlei wijze is ten uitvoer gebragt, geen bewijs door getuigen kan worden aangenomen, blijkens de bewoordingen van het a., is eene bepaling van den meest stelligen aard;

»dat die bepaling verder ten doel heeft, in het algemeen belang, regtsgedingen en misbruiken voor te komen, en dat, als zoodanig, de daarbij gedane uitsluiting van het getuigenbewijs moet worden beschouwd als een voorschrift van openbare orde, waaraan de regter is gebonden, onafhankelijk van de houding der partijen;

»O., dat hieruit volgt, dat, alhoewel de verw. zich tot afwering van het gevraagde getuigenbewijs, daarop niet had beroepen, het verbod van a. 1604 teregt ambtshalve door den regter is toegepast, en dat het geheel onverschillig is of het bij die toepassing een regtsgrond, dan wel een regtsmiddel betrof;

»O., dat derhalve geen schending of verkeerde toepassing der aangehaalde wetsa. heeft plaats gehad;

»Verwerpt het beroep;

»Veroordeelt den eischer in de kosten.»

N° 1581. — Arrest van 14 Jan. 1878.

(A. 147 Grw.; a. 41 der Onteigeningswet; Kon. besluit van 9 Julij 1876, *St.* no 171.)

Is eene der in het eerste middel van cassatie aangehaalde wetsbepalingen geschonden of verkeerd toegepast, omdat de Regtb. de te kapitaliseren jaarlijksche schadeposten die in deze voor de niet-onteigende goederen het noodzakelijk gevolg van de onteigening zijn, heeft gekapitaliseerd tegen den penning 20*?* — Neen.

Is de beslissing der Regtb., dat, wat het quaestieuse toezigt over het vee achter de spoorbaan gedurende den weitijd betreft, de doorsnijding van des eischers perceel geene nieuwe moeijelijkheden zal doen ontstaan, geheel van feitelijken aard en onvatbaar om in cassatie te worden onderzocht? — Ja.

Is het oordeel der Regtb. over de naleving van het Kon. besluit van 9 *Julij* 1876 *betrekkelijk de afsluiting der spoorbaan em het voldoende der waarborgen, welke voor den eischer in cassatie in die naleving kunnen zijn ge-*

legen, mede van geheel feitelijken aard, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen? — JA.

Laat a. 41 *Onteigeningswet wel vergoeding toe voor schade, veroorzaakt door het werk, maar* niet *voor schade, veroorzaakt door het gebruik, dat de onteigenaar van het onteigende zal maken?* — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. POLIS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

»Bij het vonnis, waartegen dit beroep is gerigt, heeft de regtb. tegen den penning 20 gekapitaliseerd het bedrag van jaarlijksche schadeposten, die door haar als een noodzakelijk gevolg van de onteigening worden beschouwd, geoordeeld, dat buiten rekening moet worden gelaten hetgeen door de deskundigen was uitgetrokken voor toezigt over het op den niet-onteigenden grond gehouden wordend vee gedurende den weitijd, en beslist, dat den onteigende geene vergoeding toekomt voor ophokking van schapen of afrastering langs de bermslooten ter wederzijde van de spoorwegbaan, die op den onteigenden grond zal worden gemaakt.

»Tegen ieder dier beslissingen is een *middel* gerigt.

»Tegen de kapitalisatie op den aangegeven voet het *eerste middel*, waarbij wordt beweerd: verkeerde toepassing van a. 2 der wet van 22 Dec. 1857, *St.* n° 171, a. 799 B.-W., a. 3 der wet van 12 Apr. 1872, *St.* n° 25 en a. 46 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, en schending van a. 147 Grw. en a. 41 O.-W., omdat de regtb. zou hebben toegepast de viereerstgemelde a., die aan de hier noodige kapitalisatie geheel vreemd zijn en hieromtrent niets bepalen, terwijl integendeel hier, waar volledige schadevergoeding, niet volgens wettelijke fictie, maar volgens de werkelijkheid verschuldigd is, zoodanige maatstaf van kapitalisatie moest zijn gevolgd, waardoor verkregen werd een kapitaal, welks renten de bedoelde jaarlijksche schadeposten in werkelijkheid zouden vergoeden.

»Het *middel* steunt op eene onjuiste opvatting van het vonnis.

De regtb. maakt niet uit, dat de vier eerste der in het *middel* genoemde wetsbepalingen voor een geval als het onderwerpelijke, kapitalisatie tegen den penning 20 voorschrijven, maar zij neemt, en dit zijn hare eigene woorden, voor zooverre de door haar uitgetrokken sommen worden gekapitaliseerd, de berekening aan tegen den penning 20, op grond, dat a. 2 der wet van 22 Dec. 1857, a. 799 B.-W., a. 3 der wet van 12 Apr. 1872, *St.* n° 25, en bepaald ook a. 46 O.-W. geene andere berekening kennen. De regtb. is dus van oordeel, dat eene kapitalisatie tegen den penning 20 in het onderwerpelijk geval allezins voldoende is, omdat de wet zelve voor andere gevallen dien maatstaf aanneemt. En daardoor kan geene verkeerde toepassing hebben plaats gehad van de vier eerste der in het *middel* genoemde wetsbepalingen, omdat die hier niet toepasselijke wetsbepalingen door de regtb. niet zijn toegepast; terwijl daardoor ook niet kunnen zijn geschonden de a. 147 Grw. en 41 O.-W., omdat die a. den regter in de taxatie der schadeloosstelling geheel vrijlaten, vermits zij evenmin inhouden een voorschrift voor de wijze van berekening der schadeloosstelling door den regter, als eene bepaling waaraan de regter zich zou te houden hebben bij de kapitalisatie van jaarlijksche schadeposten, en uit niets hoegenaamd blijkt, dat bij kapitalisatie van zoodanige posten, op den voet als hier heeft plaats gehad, het grondwettig vereischte van volledige schadeloosstelling niet zou zijn te bereiken.

»Het *tweede middel:* schending en verkeerde toepassing van a. 147 Grw., 41 O.-W. en van de wet van 18 Jan. 1876, *St.* n° 13, is gerigt tegen de beslissing der regtb. in de 9e overw., dat den onteigende geen vergoeding toekomt voor toezigt over het vee achter de spoorbaan gedurende den weitijd, omdat door de doorsnijding van de gronden van den eischer in cassatie het toezigt op zijn vee niet meer bemoeijelijkt zal worden dan thans, omdat hij nu, evenmin als na de onteige-

ning, in staat is om zijn vee te bewaken van zijne woning uit, hetgeen door de uitgestrektheid der gronden in de lengte onmogelijk wordt gemaakt, en omdat bovendien door het melken der koeijen achter de baan, ook daar ter plaatse minstens tweemaal daags, van wege den eischer in cassatie personen aanwezig zijn, die genoegzaam toezigt op het vee kunnen houden.

„De beslissing der regtb. is dus, dat de onteigening en het uit te voeren werk met betrekking tot het toezigt van den onteigende op zijn vee geene nadeelige gevolgen zullen hebben, en dat dus ook aan den onteigende voor meerdere kosten van toezigt op zijn vee geene vergoeding toekomt. En door die beslissing kunnen bij geene mogelijkheid de in het *middel* genoemde wetsbepalingen zijn geschonden of verkeerd toegepast, omdat de vraag of er al dan niet door de onteigening, of het werk waarvoor onteigend wordt schade zal worden veroorzaakt, van zuiver feitelijken aard is, en hare oplossing in die wetsbepalingen niet kan vinden, en uit de wetsbepalingen wel voortvloeit dat de regter schadeloosstelling moet toekennen, waar schade ten gevolge van de onteigening of het werk waarvoor onteigend wordt, geleden wordt, maar niet, dat de regter aan den onteigende, behalve de waarde van hetgeen hem ontnomen wordt, ook vergoeding zou moeten toekennen voor schade, die niet door hem zal geleden worden.

„Het *derde middel* heeft betrekking op de 11e en 12e overw. Daar zou de regtb. geschonden of verkeerd toegepast hebben de a. 147 Grw., 41 O.-W. en de wet van 18 Jan. 1876, *St.* n° 13, en verkeerd toegepast hebben a. 33 der wet van 9 Apr. 1875, *St.* n° 67, en a. 1 van het Kon. besl. van 9 Julij 1876, *St.* n° 161, door uit het oog te verliezen, dat van onteigening tot den aanleg van een spoorweg een noodzakelijk gevolg is het gevaar dat, bij vorst en sneeuw, de schapen van het niet onteigende zullen komen op de spoorwegbaan, zoodat hiertegen door afrastering van het niet-onteigende langs de

bermslooten, of wel door ophokking der schapen, ten koste van de onteigenende partij moet worden voorzien; terwijl toch tegen voormeld gevaar als schadepost niet afdoende is de onderstelling der regtb., dat van Regeringswege die maatregelen zijn voorgeschreven, die noodig zijn om onder gewone omstandigheden steeds te hebben voldoende afsluiting der baan, en bedoeld gevaar evenmin vervalt omdat de regtb. het afhankelijk stelt van de kansen van weêr en wind, en de wijze van exploitatie van het onteigende.

»De regtb. grondt hare beslissing omtrent dezen schadepost op twee gronden. In de eerste plaats daarop, dat het bezwaar, dat de afsluiting van de spoorbaan bij het digtvriezen van de bermslooten onvoldoende zal blijken, afstuit op de overweging, dat de doelmatigheid en voldoendheid van de afsluiting der baan, waartoe de spoorwegmaatschappij krachtens de wet verpligt is, niet aan het oordeel der maatschappij is overgelaten, maar bij het Kon. besl. van 9 Julij 1876 is geregeld, zoodat men, tot dat het bewijs van het tegendeel geleverd is, mag aannemen dat van Regeringswege die maatschappij regelen zijn voorgeschreven, die noodig zijn om de afsluiting der baan onder gewone omstandigheden, ten allen tijde en in elk jaargetijde voldoende te doen zijn.

»Die beslissing is nu deels juridiek, deels feitelijk; zij is *juridiek*, voor zoover daarbij is uitgemaakt, dat de maatschappij tot de afsluiting van den spoorweg zal zijn verpligt overeenkomstig de bepalingen van het Kon. besl. van 9 Julij 1876, en die juridieke beslissing is zonder twijfel juist; zij is *feitelijk* voor zooverre daarbij is uitgemaakt, dat de verpligting der maatschappij tot afsluiting van den spoorweg overeenkomstig het Kon. besl. van 1876 een voldoenden waarborg oplevert, dat de spoorwegbaan ten allen tijde behoorlijk afgesloten zal zijn, en op die geheel feitelijke appreciatie der doelmatigheid van het bij gemeld Kon. besl. ter bekoming eener voldoende

afsluiting verordende kan in cassatie niet worden teruggekomen. En men kan er voorzeker den regter geen grief van maken, dat hij niet rekenschap heeft gehouden van de mogelijkheid, dat de wetgeving omtrent de afsluiting der spoorwegen veranderen kan of dat de maatschappij aan hare verpligtingen niet zal voldoen, omdat dit is eene geheel onzekere gebeurtenis, en schade, die de onteigende welligt ooit daardoor zal lijden, niet zal zijn een noodzakelijk gevolg van de onteigening of van het werk waarvoor onteigend wordt. Door hetgeen de regtb. als eersten grond voor hare beslissing op dit punt aanvoert, is dus die beslissing *wettelijk* geregtvaardigd, en het *middel* zou dus onaannemelijk moeten worden geoordeeld, ook al ware onjuist wat nog ten overvloede in den 12ⁿ cons. wordt overwogen, dat nl. het gevaar, waarvan de onteigende vergoeding vraagt, als deels afhankelijk van de kansen van weer en wind, en van geheel toevallige gebeurtenissen, deels van de wijze waarop het onteigende zal worden geëxploiteerd, niet is een noodzakelijk gevolg der onteigening. Maar ook dat is niet onjuist. Want men moge kunnen volhouden dat de nadeelige kansen van weer en wind een actueel gevaar zijn, dat voor rekening van den onteigenaar komt, zeker is het dat het gevaar van het overrijden der schapen alleen zal ontstaan door de *exploitatie der baan* bij niet voldoende afsluiting van deze, en dat gevaar, die schade, dus niet is een noodzakelijk gevolg der onteigening of van den aanleg van den spoorweg waarvoor onteigend wordt, maar van het gebruik, dat de onteigenaar van het onteigende zal maken; terwijl het gevaar, dat de schapen op den spoorweg loopende daar schade zullen kunnen aanrigten, mede niet is een gevolg van de onteigening, of van het werk waarvoor onteigend wordt, maar van den toestand van afsluiting waarin zich het erf van den onteigende bevindt, toestand waarin door de onteigening geene verandering wordt gebragt, zoodat de onteigende, ook al had er geene onteigening plaats,

om zich voor schade te vrijwaren die het gevolg zou kunnen zijn van het komen van zijn vee op eens anders grond, toezigt op dat vee zou moeten doen houden.

»Al de *middelen* acht ik dus ongegrond, en mitsdien heb ik de eer te concluderen tot verwerping van het beroep en veroordeeling van den eischer in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: verkeerde toepassing van a. 2 der wet van 22 Dec. 1857, *St.* nº 171, a. 799 B.-W., a. 3 der wet van 12 Apr. 1872, *St.* nº 25, en a. 46 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* nº 125, en schending van a. 147 Grw. en van a. 41 van evengemelde wet, regelende de onteigening ten algemeenen nutte, omdat de regtb. de te kapitaliseren jaarlijksche schadeposten, die in deze voor de niet onteigende goederen het noodzakelijk gevolg van de onteigening zijn, heeft gekapitaliseerd tegen den pen ning 20, door toepassing van de 4 eerstgemelde a., die aan de hier noodige kapitalisatie zijn geheel vreemd, en hieromtrent niets bepalen, terwijl integendeel hier, waar volledige schadevergoeding niet volgens wettelijke fictie, maar volgens de werkelijkheid verschuldigd is, zoodanige maatstaf van kapitalisatie moest zijn gevolgd, waardoor verkregen werd een kapitaal, welks renten de bedoelde jaarlijksche schadeposten in werkelijkheid zouden vergoeden;

»O., dat het al of niet gegronde van het beweren des eischers hoofdzakelijk hiervan afhangt, of de regtb. de in den aanhef van het *middel* aangehaalde wetsbepalingen al dan niet als bindende voorschriften heeft beschouwd, ook voor de berekening der hier in aanmerking komende schadeposten;

»O., dat bij de 4e overw. in regten van het bestreden vonnis omtrent de bedoelde kapitalisatie wordt overwogen, »dat de regtb., voor zooveel de in het rapport der deskundigen voorkomende sommen worden gekapitaliseerd, de berekening aanneemt tegen

den penning 20, op grond, dat a. 2 der wet van 22 Dec. 1857, *St.* nº 171, a. 799 B.-W., a. 3 der wet 12 Apr. 1872, *St.* nº 25 en bepaald ook a. 46 O.-W. geene andere berekeningen erkennen ;"

"O., dat deze redactie niet te kennen geeft, dat de aangehaalde wetsbepalingen regtstreeks zouden zijn toepasselijk, en het ten eenemale onaannemelijk is, dat de regtb. het onderwerpelijk geval, als in de termen daarvan vallende, zoude hebben kunnen aanmerken ;

"O., dat mitsdien de gebezigde uitdrukking in dier voege behoort te worden uitgelegd, dat de regtb. in de genoemde wetten een grond heeft gevonden, om in navolging van hetgeen de wetgever elders, en zelfs in de Onteigeningswet voor andere gevallen heeft verordend, bij berekeningen als deze, eer 5 dan 4 ten honderd of elk ander rentebedrag, als billijker maatstaf van kapitalisatie te beschouwen;

"O., dat het aannemen van dien maatstaf ook niet is in strijd met a. 147 Grw. en evenmin met a. 41 Onteigeningswet, omdat die a. geenerlei voorschrift of regel inhouden met betrekking tot kapitalisatie van jaarlijks terugkeerende schadeposten en er geen enkele juridieke grond bij te brengen is, waarom het kapitaliseren op den voet, zooals hier heeft plaats gevonden, niet zoude kunnen opleveren de bij de Grondwet gewilde volledige schadeloosstelling;

"O., dat mitsdien van verkeerde toepassing der in den aanhef van het *middel* aangehaalde wetsbepalingen geen sprake kan zijn en a. 147 Grw. en a. 41 O.-W. evenmin zijn geschonden, zoodat het *eerste middel* is onaannemelijk;

"O., dat als *tweede middel* van cassatie is beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 147 Grw. en a. van 41 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* nº 125, alsmede van de wet van 18 Jan. 1876, *St.* nº 13, omdat hier, waar het geldt onteigening voor den aanleg van een spoorweg, waartoe dus noodwendig vereischt wordt ver-

hooging van den grond voor den aanleg eener spoorwegbaan, die des eischers weiland doorsnijdt, als grond van waardevermindering voor het niet-onteigende buiten rekening zijn gelaten de door die spoorwegbaan noodzakelijk veroorzaakte kosten van toezigt op het vee achter de baan, terwijl toch de regtb. nu reeds de bewaking van het vee van uit de woning als bezwaarlijk voorstellende, ten onregte dat bezwaar niet vermeerderd acht door de aan te leggen spoorwegbaan, en evenzeer ten onregte het tweemaal daags komen van melkers achter de baan beschouwt als het voortdurend toezigt, noodig om den eischer in cassatie voor schade op zijn achter de spoorwegbaan gelegen land te vrijwaren;

»O., dat dit *middel* is gerigt tegen de 9e overw. van het beklaagde vonnis, waarbij de regtb. omtrent een door de deskundigen voor toezigt over het vee achter de spoorbaan gedurende den weitijd uitgetrokken schadepost uitmaakt, dat door »de doorsnijding van de gronden des gedaagden (nu eischer in cassatie) het toezigt op zijn vee niet meer bemoeijelijkt zal worden dan thans, omdat hij nu evenmin als na de onteigening in staat is om zijn vee te bewaken van zijne woning uit, hetgeen door de uitgestrektheid der gronden in de lengte onmogelijk wordt gemaakt, en omdat bovendien door het melken der koeijen achter de baan, ook daar ter plaatse, minstens tweemaal daags, van wege den ged. personen aanwezig zijn, die genoegzaam toezigt op het vee kunnen houden;«

»O., dat het mitsdien louter feitelijke beschouwingen zijn, op grond waarvan de regter ten aanzien van het quaestieuse toezigt aanneemt, dat de doorsnijding van des eischers perceel geen nieuwe moeijelijkheden zal doen ontstaan en derhalve ook geen schade veroorzaken, en dat op deze feitelijke beslissing het *tweede middel* van cassatie behoort af te stuiten;

»O., dat als *derde middel* van cassatie wordt voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 147 Grw. en van

a. 41 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, alsmede van de wet van 18 Jan 1876, *St.* n° 13, en verkeerde toepassing van a. 33 der wet van 9 Apr. 1875, *St.* n° 67, en a. 1 van het Kon. besl. van 9 Julij 1876, *St.* n° 161, omdat de regtb. heeft uit het oog verloren, dat van onteigening tot den aanleg van eenen spoorweg een noodzakelijk gevolg is het gevaar, dat, bij vorst en sneeuw, de schapen van het niet-onteigende zullen komen op de spoorwegbaan, zoodat hiertegen door afrastering van het niet-onteigende langs de bermslooten of wel door ophokking der schapen ten koste van de onteigenende partij moet worden voorzien, terwijl toch tegen voormeld gevaar, als schadepost niet afdoende is de onderstelling der regtb., dat van Regeringswege die maatregelen zijn voorgeschreven, die noodig zijn, om onder gewone omstandigheden steeds te hebben voldoende afsluiting der baan, en bedoeld gevaar evenmin vervalt omdat de regtb. het afhankelijk stelt van de kansen van weêr en wind en de wijze van exploitatie van het onteigende;

„O. daaromtrent, dat de regtb. den bij dit *middel* bedoelden schadepost afwijst: 1° omdat zij aanneemt dat er, naar aanleiding van het Kon. besl. van 9 Julij 1876, *St.* n° 161, van Regeringswege voldoende maatregelen zijn voorgeschreven om de afsluiting der baan, onder gewone omstandigheden, ten allen tijde en in elk jaargetijde voldoende te doen zijn, en 2° omdat zij het gevaar, waarvan hier de rede is, beschouwt als afhankelijk deels van de kansen van weêr en wind en geheel toevallige gebeurtenissen, en deels van de wijze, waarop het onteigende zal worden geëxploiteerd;

„O., omtrent het Kon. besl. van 9 Julij 1876, dat het oordeel van de regtb. over de naleving daarvan en het voldoende der waarborgen, welke voor den eischer in cassatie in die naleving kunnen zijn gelegen, is van feitelijken aard, en het al of niet juiste daarvan derhalve in cassatie niet nader kan worden onderzocht;

„O., omtrent den tweeden grond van beslissing, dat naar a. 41 Onteigeningswet, in verband met andere bepalingen van die wet, vergoeding behoort te worden gegeven voor de mindere waarde, welke voor de niet-onteigende goederen het noodzakelijk gevolg is van de onteigening of van den aanleg van het werk, waarvoor onteigend wordt; dat nu een gevaar even goed eene oorzaak van waardevermindering kan zijn als een reeds bestaand of stellig te verwachten nadeel, doch dat zoowel de eventuele schade in het eene als de actuele schade in het andere geval niet anders moeten kunnen worden beschouwd dan als aan de onteigening of den aanleg van het werk eigen, met dien verstande, dat, wat gevaren betreft, de onteigening of het bestaan van het werk, op zich zelf het dreigende nadeel, zoo er niet tegen voorzien wordt, in den regel zoude te weeg brengen;

„O., dat de regtb., bevindende dat de verwezenlijking van de door den eischer in cassatie geuite vrees afhankelijk is van een zamenloop van onderscheidene gebeurtenissen, geheel vreemd aan de onteigening of het bestaan van den spoorweg, teregt heeft geoordeeld, dat de aanwezigheid der baan, hoezeer ze *casu quo* de aanleiding moge zijn voor het plaats vinden der bewuste ongevallen, daarvan niet is de oorzaak, althans niet de oorzaak, waarop bij a. 41 Onteigeningswet, sprekende van noodzakelijk gevolg der onteigening, kan zijn gedoeld;

„O., dat dit *in casu* te meer in het oog springt, omdat, zoo de schapen in het ondersteld geval op de baan komen en aldaar overreden worden, dit ongeval dan zal ontstaan door de exploitatie der baan bij niet voldoende afsluiting daarvan, en mitsdien niet zal zijn te wijten aan de onteigening of den aanleg van het werk, maar hetzij aan verzuim of nalatigheid, hetzij aan latere verrigtingen van den onteigenaar, terwijl toch vaststaat, dat a. 41 Onteigeningswet wel vergoeding toelaat voor schade, veroorzaakt door het werk, maar niet voor schade,

veroorzaakt door het gebruik dat de onteigenaar van het werk maakt;

»O., dat mitsdien ook het *derde middel* van cassatie is ongegrond;

»Verwerpt het beroep;

»Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie.»

N° 1582. — Arrest van 18 Jan. 1878.

(A. 593; a. 933 en 934; a. 1934 B.-W.)

Is het regt van tolheffing eene zaak in den handel? — JA.
Moet de beslissing van den judex facti *omtrent de uitlegging van een testament in cassatie worden geëerbiedigd?* — JA.
Was de judex facti, *eenmaal aannemende dat de onbestemde uitdrukking* cum annexis *in een testament voorkomende*, niet *doelt op het regt van heffing van vallaatsgelden, wel verpligt het ter verduidelijking en toelichting der acte aangeboden getuigenbewijs, als gerigt tegen de uitlegging, door hem aan den inhoud dier acte gegeven, te verwerpen?* — JA.

De Proc.-G. heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

»Tegen het arr. van het Geregtshof te Leeuwarden, in hooger beroep gewezen, worden bij dagvaarding *twee middelen* van cassatie aangevoerd. Het *eerste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1112, 1158, 555, 585, 625, 1368 en 1902 B.-W.

»Het *middel* is eigenlijk niet geformuleerd, maar blijkens de ontwikkeling bij de pleidooi bestaat de grief hierin, dat onder de baten der te verdeelen massa is opgenomen een regt van tolheffing of doorvaartsgelden van een vallaat onder de verpligting om dat vallaat of die sluis behoorlijk te bedienen.

»En nu beweren de eischers in cassatie dat het geldt een persoonlijk regt, nl. de verpligting om dat vallaat te bedienen,

en dat zoodanig persoonlijk regt niet kan gebragt worden in de massa der bij scheiding te verdeelen goederen.

»De zaak tusschen deze partijen heeft reeds vroeger bij den H.-R. gediend, en daarin is eene beslissing gegeven bij arr. van 5 Junij 1874 (*N.-Repr.* CVII, 92; v. d. Hon., *B.-R.* XXXIX, 393), waarbij is beslist, dat het regt van tolheffing in geschil vatbaar is voor sequestratie.

»En nu moet ik al aanstonds doen opmerken, dat het *dictum* van het vonnis, hetwelk bij het arr. is bevestigd, aldus luidt: »bepaalt dat onder de baten der te scheiden massa worde »opgenomen het *regt van tolheffing* of heffing van doorvaarts-»gelden aan het Nanninga-vallaat, onder verpligting om dat »vallaat of sluis behoorlijk te bedienen.»

»Van een *persoonlijk* regt is dus geen sprake; de zaak die in de massa wordt gebragt is het *regt* van tolheffing, niet de *verpligting* om het vallaat te bedienen. En nu begrijp ik niet waarom een *regt* van tolheffing niet zou kunnen worden gebragt tot de zaken die in den handel zijn.

»Onder *zaken* in het algemeen zijn ook *regten* begrepen; noch de natuur van het regt van tolheffing, noch zijne bestemming maakt het onvatbaar voor eigendom, en de geachte raadsman is in gebreke gebleven om de wet aan te wijzen, waarbij zoodanig regt, hetzij voor altijd, hetzij tijdelijk aan den handel zou zijn onttrokken. Ik acht het geheel onnoodig de verschillende a. bij het *middel* aangehaald, in het bijzonder na te gaan.

»Om het *middel* van cassatie te bewijzen, zou moeten worden aangevoerd de wet, waarbij is bepaald welke zaken *extra commercium* zijn, en daaraan zou het regt van tolheffing moeten worden getoetst.

»Ik mag echter niet ontveinzen, dat het *middel* van cassatie op mij den indruk heeft gemaakt om eene soort van revisie tegen uw arr. in te stellen. Want indien, zooals daarbij is

beslist, het regt vatbaar is voor sequestratie, dan is het ook vatbaar voor bezit en voor eigendom, en kan dus een deel uitmaken eener te verdeelen massa.

„Wat eigenlijk de aanhaling van a. 1902 B.-W. beteekent, is mij, ook na pleidooi, niet duidelijk geworden. Het is aangevoerd in de veronderstelling, dat zekere acten, die tot grondslag van beslissing in het arr. zijn gebezigd, niet in aanmerking worden genomen, en er dus door den eischer geen behoorlijk bewijs is geleverd. Maar de geheele suppositie ontbreekt; het Hof grondt zijne beslissing op verscheidene stukken welke door de partijen zijn overgelegd; de bewijskracht dier stukken is bij het *middel* niet betwist, en er is dus geene vordering toegewezen, die niet behoorlijk bewezen is.

„Het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1932 en 1934 B.-W. De req. heeft betoogd, dat a. 1934 voornoemd niet verbiedt om een acte, *in casu* het testament, door getuigen te verduidelijken: hij beweerde, dat het in deze zaak betreft de beteekenis der woorden *cum annexis*, en beweerde met een beroep op MARCADÉ, op a. 1341 *C.-C.*, dat getuigenverhoor is toegelaten over den zin dier woorden.

„Het *middel* berust m. i. op eene verkeerde voorstelling van 's Hofs beslissing. De app^n^ hebben getracht aan te toonen, dat de erflater met de woorden *cum annexis* het bedoelde regt tot tolheffing van vallaatsgeld, op het oog heeft gehad.

„Het Hof overweegt in de *elfde* cons., dat eenige omstandigheden, welke in het arr. zijn opgegeven, te gewigtig zijn om aan te nemen, dat voornoemd regt begrepen is onder de onbestemde uitdrukking *cum annexis*.

„Daaruit volgt dus, dat de *judex facti*, die de acte moet uitleggen, aanneemt dat de woorden, ofschoon onbestemd, niet begrijpen het meergemelde regt van tolheffing.

„En nu volgt de 12e overw.: „dat de gegrondheid der vor„dering dus niet door de verwering is ontzenuwd, en dat het

»subsidiair door de appellanten aangeboden getuigenbewijs bij »a. 1934 B.-W. wordt gewraakt.»

»Die beslissing is m. i. juist, en ik acht het onnoodig de verschillende vragen te onderzoeken, waartoe de aangevoerde wetsbepaling aanleiding kan geven.

»Het Hof neemt aan, dat de acte niet heeft *bedoeld* het regt van tolheffing te begrijpen onder de woorden *cum annexis*, welke uit haren aard onbestemd zijn, doch wier bedoeling uit omstandigheden voldoende blijkt. Wanneer nu na die feitelijke beslissing het getuigenbewijs was toegelaten, dan zou dit hebben moeten strekken om eene verwering te staven *tegen* den inhoud der schriftelijke acte, hetwelk bij het genoemd a. is verboden.

»Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling der reqn in de kosten in cassatie gevallen.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

»O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1112, 1158, 555, 585, 625, 639, 1368 en 1902 B.-W., omdat het arr. *a quo* heeft bevestigd het vonnis der regtb. te Heerenveen van 10 Julij 1876, waarbij, in strijd met de conclusiën van de eischers, is bepaald, dat onder de baten der te verdeelen massa worde opgenomen het regt van tolheffing of heffing der doorvaartsgelden aan het Nanninga-vallaat te Oosterwolde, onder verpligting om dat vallaat behoorlijk te bedienen; dat tot grondslag van die beslissing bij het arr. gegolden hebben verschillende stukken, waaruit blijkt, dat gemeld regt alleen te beschouwen is als eene persoonlijke vergunning, zoodat gemeld regt niet kan geacht worden een bestanddeel van den boedel uit te maken, als kunnende dit regt niet zijn een onderwerp van handel of van eigendom, terwijl, indien die acten niet tot grondslag van de beslissing in het arr. vervat, hebben geleid, alsdan daaraan ontbreekt alle steun en eene betwiste vordering

is toegewezen, zonder dat van het beweerde en toegestane regt eenig bewijs is geleverd;

„O., dat bij het bestreden arr., op grond van de in dit arr. vermelde stukken, is bevestigd het vonnis, waarvan was beroep, bij welk vonnis o. a. was bepaald: „dat onder de baten der te scheiden en te deelen massa worde opgenomen het regt van tolheffing of heffing van doorvaartsgelden aan het Nanninga-vallaat te Oosterwolde, onder verpligting om dat vallaat of sluis behoorlijk te bedienen„;

„O., dat de eischers thans beweren, dat dat regt alleen zoude zijn te beschouwen als eene persoonlijke vergunning en niet zoude kunnen zijn een voorwerp van handel of van eigendom; dat echter die bewering reeds is beantwoord bij het arr. door dezen Raad op 5 Junij 1874 tusschen deze zelfde partijen gewezen, waarbij is aangenomen, dat het regt op de bediening en het beheer van het in deze bedoelde vallaat kan zijn een voorwerp van sequestratie, ten gevolge van welk arr. tusschen deze partijen dan ook vaststaat, dat het quaestieuse regt is in den handel;

„O., dat daarenboven door de eischers geen enkel wetsartikel is aangewezen, waarbij zoodanig regt aan den handel zoude zijn onttrokken;

„O., dat het *eerste middel* mitsdien is ongegrond.

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1932 en 1934 B.-W., omdat a. 1934 alleen het oog heeft op acten, waartoe hij, die het getuigenbewijs aanbiedt, heeft medegewerkt, en omdat in allen gevalle het a. niet verbiedt het hooren van getuigen tot toelichting en verduidelijking van den inhoud eener acte;

„O., dat bij het bestreden arr., op grond van verschillende omstandigheden is aangenomen, dat de onbestemde uitdrukking *cum annexis*, in het testament van den erflater van partijen voorkomende, niet doelt op het regt van heffing van vallaatsgeld;

„O., dat bij die uitlegging aan die woorden gegeven, het aangeboden tegenbewijs, als moetende strekken om aan te toonen dat de erflater met die woorden *cum annexis* het regt van heffing van vallaatsgelden bedoeld had, zoude hebben moeten dienen tot staving van eene bewering tegen den inhoud van eene authentieke acte en dus bij a. 1934 B.-W. was verboden;

„O., dat ook het *tweede middel* mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eischers in de kosten in cassatie gevallen."

N° 1583. — Arrest van 25 Jan. 1878.

(A. 79 en 88 B.-R.)

Geeft a. 79 *B.-R. uitsluitend aan den eischer de bevoegdheid tot oproeping van den defaillant tegen een nieuwen regtsdag en is deze nergens bij de wet aan den verschenen gedaagde toegekend?* — JA.

Is a. 88 *B.-R., hoe algemeen ook, van toepassing op vonnissen van verstek en aanhouding, zonder uitspraak op de aangehouden hoofdzaak?* — NEEN.

De Adv.-G. SMITS heeft, namens den Proc.-G., in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het Prov.-Ger. in N.-holl. heeft bij zijn arr. van 26 Nov. 1874, gewezen tusschen de verw^s in cassatie, als app$_n$, en den eischer in cassatie en zekeren V. D., als geïntimeerden, tegen laatstgemelden, die toen niet was verschenen, verstek verleend, en de zaak ten aanzien van den nu eischer aangehouden, totdat zij door de app^n op nieuw ter rolle zoude zijn gebragt, ten einde alsdan bij één arr. tusschen partijen uitspraak zoude worden gedaan.

„De app^n, nu verw$_s$, bleven steeds nalatig om de zaak op nieuw ter rolle te brengen, weshalve de eischer in cassatie,

die belang had bij de afdoening der zaak, bij acte van procureur tot procureur, beteekend op 2 Junij 1875, de verw^{s} heeft doen sommeren ter teregtzitting van het Geregtshof te Amsterdam te verschijnen en in de zaak voort te procederen ingevolge de wet.

„Bij het thans beklaagde arr. van 25 Mrt. 1876 is de eischer in cassatie in deze sommatie tot voortprocederen niet-ontvankelijk verklaard.

„Tegen dit arr. is als *eerste middel* van cassatie aangevoerd: verkeerde toepassing van a. 79 en schending van de a. 146, 147, 344, 346 en 347 B. R., omdat het beklaagde arr. aanneemt, dat voormelde sommatie met eerstgemeld wetsa. in strijd en de eischer diensvolgens in die sommatie is niet-ontvankelijk.

„Dit *middel* heeft betrekking op het gedeelte van het arr., waarbij het Hof besliste, dat de wet in a. 79 B.-R. en in overeenstemming daarmede het arr. van 26 Nov. 1874, aan den wil van den eischer (toen de app^{n}, nu de verw^{s}) heeft overgelaten naar zijn goedvinden den dag te bepalen, waarop de zaak op nieuw zal dienen, en dat het hiermede in strijd zou zijn aan te nemen, dat in geval de eischer nalaat de zaak op nieuw aan te brengen, de verschenen gedaagde hiertoe het regt zou hebben; dat een geïnt. er belang bij kan hebben, bij het stilzitten van den app., de zaak zijnerzijds voort te zetten; dat er echter uit het bestaan van belang nog niet volgt, dat er regt bestaat; dat daartoe wordt vereischt, dat de wet het middel aangeve om het belang te doen gelden; — dat nu met betrekking tot de onderwerpelijke vraag de wet wel in bepaaldelijk aangegeven gevallen, zooals in dat van a. 344 B.-R., aan een geïnt. het regt geeft den loop van het geding te bespoedigen, maar geen algemeen voorschrift bevat, volgens hetwelk overal daar, waar een der partijen stilzit, de wederpartij steeds bevoegd zou zijn de zaak voort te zetten, en waarmede eene afwijking van de speciale bepaling van a. 79 *ibidem*,

waarbij, met duidelijke en ondubbelzinnige woorden, het regt tot voortzetting van het geding alleen aan den eischer (in hooger beroep de app_t) is toegestaan, zoude zijn te regtvaardigen; dat de regter voorzeker bevoegd is om de wet in haren geest, voor zooverre hare bewoordingen dit niet beletten, op eene ruime wijze toe te passen, maar dat hij niet geroepen is in strijd met eene, zij het ook min juiste of billijke, maar volkomen duidelijke bepaling der wet uitspraak te doen.

»Wat nu betreft het tegen deze redeneringen ingebragte, moet het toegestemd worden, dat, volgens de woorden van a. 79, het aan den eischer en aan hem alleen is overgelaten te bepalen, wanneer de zaak zal worden voortgezet. Het duldt m. i. eveneens geen tegenspraak, dat de wet geen algemeen voorschrift bevat, dat overal, waar eene der partijen stilzit, de wederpartij bevoegd zoude zijn de zaak voor te zetten. Het eenige *algemeene* voorschrift voor zulk een geval is dat van a. 279 B.-R., dat alle instantie vervalt, indien de zaak binnen drie jaren tijds niet is voortgezet.

»De a. in het *middel* opgenoemd zien op speciale gevallen en wel zeker niet regtstreeks op het onderwerpelijke. A. 344 B.-R. bepaalt, dat de gedaagde in hooger beroep den termijn waarop hij is gedagvaard kan vervroegen. Dit geval bestaat hier niet. De a. 146 en 147, in hooger beroep toepasselijk verklaard bij de a. 346 en 347, spreken van de verwering en het voldingen van eene zaak van gewone behandeling, en geven aan de meest gereede partij de bevoegdheid om de zaak te vervolgen. Maar in welk geval en wanneer? »Na verloop der »*hiervoren* bepaalde termijnen,« dat zijn de termijnen van acht en veertien dagen, waarvan sprake is in de a. 143 en volgg. Maar hier bestaat de omstandigheid, geregeld bij a. 79, waarbij de dagvaarding van den defaillant wordt bevolen tegen den dag, waarop de eischer ter rolle wil doen oproepen, *zonder bepaling van eenigen termijn.*

„Regtstreeks zijn dus deze a. niet toepasselijk. Wel kan men daaruit de gedachte van den wetgever nagaan, een beginsel daaruit putten en dit beginsel op het onderwerpelijk geval toepassen. Dit deed, geloof ik, de H.-R. bij het arr. van 12 Dec. 1873, waarop de eischer zich beriep, gewezen niet *in cassatie*, maar in een Koloniaal Surinaamsch *appel*, te vinden bij v. D. HON., *B.-R.* XXXVIII, 660 en in de *N. Rspr.* CV, 382.

„Daarin wordt erkend, dat de wet (en de wetgeving van Suriname stemt ten opzigte van gevallen als het onderwerpelijke overeen met de onze), voor een geval als het onderhavige wel geen termijn bepaalt, zooals in de voorschriften van de a, 146 en 147 B.-R. van Suriname wordt bedoeld, maar voorts beslist, dat, *zoowel uit de aangehaalde wetsbepalingen* ALS UIT DEN AARD DER ZAAK volgt, dat de dagvaarding van den defailliant niet onbepaald kan worden uitgesteld, en het dus, ingeval de verschenen gedaagde op voortzetting van het geding aandringt, ter beoordeeling staat, of aan den eischer al dan niet een behoorlijke termijn tot oproeping van den niet verschenen gedaagde is gelaten, en dat de gedaagde mitsdien ten volle geregtigd was om den eischer te sommeren tot voortprocederen.

„De H.-R. verschilt dus hierin van het Hof, dat terwijl het laatstgemeld collegie vermeent de wet in haren geest niet zoo ruim te mogen toepassen, dat de bedoelde wetsbepalingen ook voor dit geval konden uitgebreid worden, — de H.-R. bij het bestaan van dezelfde *ratio legis* voor de bepaald vermelde gevallen als voor het geval van a. 79 bij *analogie*, de voorschriften van a. 146 en 147 hier toepast.

„Dat hier de wet wordt uitgebreid door een extensieve interpretatie *der woorden*, maar bij *analogie* naar de gedachte van den wetgever, dat hier geen verbetering bestaat van de onjuist gekozen uitdrukking van een wet naar de werkelijke bedoeling der wetgevers, maar aanvulling van een bestaande

leemte (v. SAVIGNY, *System* I, § 46, bep. bl. 292) volgt ook, geloof ik, uit het beroep op »den aard der zaak,« een beroep, dat men terugvindt in de dagvaarding in cassatie en in een arr. van het Hof in N.-holl. van 27 Jan. 1848 (*Regtsg. Bijbl.* X, 210), geheel overeenstemmende met het vermelde arr. van den H.-R. Een in denzelfden geest gewezen vonnis der regtb. te Gorinchem van 4 Dec. 1860 (*Wkbl.* nº 2259), zegt dat een gevoelen als door het beklaagde arr. wordt voorgestaan: »is in strijd met het *regt*« niet met de wet, en bij een vonnis van de regtb. te Breda van 5 Oct. 1869 (*Wkbl.* nº 3196) wordt, nadat de bepalingen van de a. 344, 148 volgg. B.-R. besproken zijn overwogen: »*dat men veilig mag aannemen dat de wetgever*, al werd daarin bij a. 79 niet uitdrukkelijk voorzien, *geenszins gewild heeft*, dat het in het aldaar behandelde geval van den eischer of van den appt zal afhangen, of, en wanneer, de gedaagde of de geïntimeerden, comparanten, tot hun regt zullen geraken.

»En nu wil ik dergelijke redeneringen bij analogie *in civilibus* volstrekt niet misbillijken.

»Bij eene voorziening in cassatie tegen eene beslissing als de H.-R. in het koloniaal appel gaf, zou men, geloof ik, niet met grond verkeerde toepassing der a. 146 en 147 B.-R. kunnen beweren, omdat die a. niet toegepast zijn, maar daaruit alleen bij wege van analogie is geredeneerd. (Men zie de arrn van 8 Jan. 1847, v. D. HON., *Zeg. en Reg.* III, 1; *Ned. Regtspr.* XXVI, 181; en van 25 Febr. 1869 (v. D. HON., *B.-R.* XXX, 322, niet in de *Regtspr.* opgenomen).

»Maar daarentegen kan evenmin gezegd worden, dat hier *schending* bestaat door niet toepassing van gezegde a. Men kon die a. niet toepassen, omdat zij niet voor dit geval zijn geschreven.

»De klagt komt dan hierop neder, dat men de analogie heeft verzuimd, den geest van den wetgever niet heeft gevolgd,

het beginsel in die a. neergelegd niet heeft aangenomen en toegepast, maar daardoor kan een *mal jugé* bestaan, een regtsbeginsel kan zijn miskend, maar bepaalde wetsa. kunnen niet zijn geschonden, en dientengevolge eene cassatie zijn gewettigd.

"Zooals bekend is zijn de Franschen zeer ruim in hunne opvatting van het *middel van cassatie*. Toch zegt DALLOZ, *Répertoire*, voce *Cassation*, n° 1355: "Il faut que le texte "de la loi ait été violé, il ne suffirait pas que la décision "attaquée eut méconnu ou mal appliqué les motifs de la loi, "car il ne pourrait avoir alors qu'un mal jugé."

"Ik durf dus niet met den steller van het *middel* instemmen, dat de a. 146, 147, 344, 346 en 347 B.-R. ten deze kunnen zijn geschonden, en dat dientengevolge a. 79 *ibid.* verkeerd is toegepast.

"Met het *tweede cassatie-middel* kan ik mij volstrekt niet vereenigen. Daarbij wordt voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 88 B.-R. en van dezelfde a., die bij het *eerste middel* als geschonden zijn aangehaald, doordien het beklaagde arr. niet aanneemt, dat vermits er sedert de uitspraak van het arr. van het voormalig Prov.-Ger. in N.-holl., dd. 27 Nov. 1874, veel meer dan zes maanden verloopen waren, zonder dat door de nu gedaagden en verw[s] daaraan eenige zelfs niet een begin van uitvoering was gegeven, mitsdien dat arr., immers ten aanzien van den niet verschenen tweeden geïnt. als niet gewezen moest worden beschouwd, en alzoo niet meer voor ten uitvoerlegging vatbaar was, zoodat de eischer ook uit dien hoofde volkomen geregtigd was, de nu gedaagden en verw[s] overeenkomstig de a. 146 en 147 B.-R. tot voortprocederen te sommeren.

"Het Hof maakte uit dat a. 88 alle toepassing mist, daar die bepaling alleen geldt ten opzigte van de uitspraken bedoeld bij a. 76 B.-R.

"Die stelling, zegt de eischer, bij de dagvaarding in cassatie

is onjuist, daar a. 88 van toepassing is op alle vonnissen bij verstek zonder onderscheid, — en tot staving van dit beweren werd bij pleidooi een beroep gedaan op een arrest van den H.-R. van 5 Mei 1854 (v. D. HON., *B.-R.* XVIII, 360; *Ned. Rspr.* XLVII, 244). Dat beroep is hier echter vergeefsch, want wat is het geval? Een en andermaal was de H.-R. geroepen om te oordeelen over de vraag of a. 88 B.-R. alleen die vonnissen bij verstek betreft, waarbij de defaillant is *veroordeeld*, of ook die, waarbij een eisch is ontzegd of eene niet-ontvankelijk-verklaring uitgesproken. Bij het bedoelde arr. werd beslist, dat a. 88 zonder onderscheid de vonnissen bij verstek in het algemeen betreft, nadat daarentegen bij arr. van 9 Febr. 1844 (v. D. HON., *B.-R.* V, 153; niet in de *Regtspraak*) was geoordeeld, dat het a. niet toepasselijk was op vonnissen in het voordeel eener niet verschijnende partij gewezen.

»Maar een dergelijk vonnis *bij* verstek, een vonnis waarbij in eene zaak tegen eene niet verschijnende gedaagde een eisch wordt toegewezen of afgewezen of de eischer niet-ontvankelijk-verklaard, bestaat hier niet. Wij hebben hier enkel te doen met een vonnis, waarbij verstek wordt verleend, een vonnis *van* verstek, zooals a. 78 B.-R. het noemt, waarbij volstrekt geen onderzoek naar de vordering wordt gedaan en daaromtrent geenerlei beslissing valt. En op die vonnissen heeft voorzeker a. 88 B.-R. geene betrekking.

»Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.«

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *middelen* van cassatie zijn voorgesteld:

»*Vooreerst:* verkeerde toepassing van a. 79 en schending van de a. 146, 147, 344, 346 en 347, allen B.-R.; en

»*Ten tweede:* schending en verkeerde toepassing van a. 88 en van de bij het *eerste middel* als geschonden aangehaalde a. B.-R.;

»O., dat het *eerste middel* steunt op het beweren, dat niet door a. 79 B.-R. zou zijn geregtvaardigd en met de overige aangehaalde wetsa. zou zijn in strijd het bestreden arr., waarbij de eischer is verklaard niet-ontvankelijk in zijne daarbij vermelde aan de verw^s beteekende sommatie om voort te procederen op een door hen verweerders aanhangig gemaakt hooger beroep;

»O., dat die niet-ontvankelijk-verklaring rust *in facto* daarop, dat bij een, op bedoeld aanhangig hooger beroep gewezen arr., zonder over de mérites van dat beroep uitspraak te doen, tegen des eischers niet verschenen mede-geïnt. is verleend verstek, en de zaak ten aanzien van den eischer, toen eersten geïnt., is aangehouden totdat zij door de appellanten op nieuw ter rolle zal zijn gebragt, ten einde alsdan bij één arr. tusschen partijen uitspraak worde gedaan; en *in jure* daarop, dat eensdeels a. 79 B.-R. alleen en uitsluitend aan den eischer, *in casu* de appellanten, de bevoegdheid geeft tot de hier niet plaats gehad hebbende oproeping van den defaillant, en dat gelijke bevoegdheid daartoe mede aan den verschenen geïnt., nergens bij de wet is toegekend, en anderdeels dat a. 88 B.-R. niet is toepasselijk op vonnissen van verstek en aanhouding, zonder uitspraak op de aangehouden hoofdzaak;

»O. nu, wat betreft het tegen den eersten dezer regtsgronden gerigte *eerste middel* van cassatie, dat dit *middel* is ongegrond;

»O. toch, dat uit de duidelijke en ondubbelzinnige bewoordingen van a. 79 (waarmede het arr. van verstek en aanhouding overeenstemt) voortvloeit, dat bevoegdheid tot oproeping van den defaillant en voortzetting der aangehouden zaak, alleen en uitsluitend is toegekend aan den eischer (hier appellanten), en alzoo die bevoegdheid aan ieder ander is onthouden;

»O., dat alleen dan toekenning van gelijke bevoegdheid aan den actuelen eischer (vroeger geïnt.) zou aannemelijk zijn,

indien de wet inhield eene uitdrukkelijke bepaling, waarbij in het algemeen tot regel werd gesteld, dat aan de meest diligente partij zonder onderscheid dezelfde bevoegdheid zou zijn gegeven, of wel indien die bevoegdheid regtstreeks uit eenige bepaling der wet zou volgen;

»O., dat intusschen noch het een noch het ander het geval is, vermits toch de voornoemde algemeene regel niet bij de wet is vastgesteld en hij evenmin volgt uit een der, buiten a. 79 bij het *middel* aangehaalde wetsa., welke alle betrekking hebben op de speciale toestanden, waarmede de hier bestaande geenerlei overeenkomst heeft, en waaruit dus zelfs bij analogie geenerlei afwijking van a. 79 is af te leiden;

»O., dat even daarom ook de beweerde schending of verkeerde toepassing der overige bij dit *middel* aangehaalde wetsa. niet is aannemelijk;

»O., dat het *tweede middel* van cassatie is gerigt tegen de bij het bestreden arr. aangenomen stelling, dat de vervallenverklaring van vonnissen bij verstek, naar a. 88 B.-R., door het verstrijken van den daarbij gestelden termijn van uitvoering niet toepasselijk is op vonnissen van verstek en aanhouding met voorbehoud der uitspraak op de zaak zelve;

»O. daaromtrent, dat het *in casu* geldt een vonnis, waarbij opzigtens de aanhangig gemaakte zaak niets hoegenaamd is beslist, hetzij in het voordeel, hetzij in het nadeel van eene der betrokken partijen, en dat het integendeel alleen strekt om de zaak later tusschen alle de partijen met nadere oproeping van de niet verschenen of defaillante partij, overeenkomstig a. 79, te kunnen doen brengen in staat van wijzen;

»O., dat ten aanzien van zoodanig vonnis geen sprake kan zijn van tenuitvoerlegging eener veroordeeling opzigtens eene der hier tegen elkander overstaande of betrokken partijen maar dat dit vonnis, ten aanzien der nu litigerende partijen, is niets anders dan een vonnis van instructie der zaak en bij-

gevolg een praeparatoir vonnis, waarop zeer zeker, met het oog zoowel op de a. 76, 77 en 78 B.-R., als op den bij a. 88 gestelden termijn, dit laatste a. niet toepasselijk is;

»O., dat die toepasselijkheid evenmin volgen kan uit de overige bij dit *middel* aangehaalde wetsa., welke noch op vonnissen bij verstek, noch op de regtsgevolgen daarvan, eenige betrekking hoegenaamd hebben;

»O., dat dus ook dit *tweede middel* is ongegrond;

»Verwerpt de voorziening;

»Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.»

N° 1584. — Arrest van 8 Febr. 1878.

(A. 651 B.-W.)

Wordt voor aanwas *komende ten voordeele van den eigenaar van den oever gehouden iedere aanwas, die niet het gevolg geweest is van kunstwerken door dien eigenaar aangelegd?* — JA.

De verw. is voor den H.-R. gedagvaard om te hooren concludeeren, dat bij arr. van den H.-R. zal worden vernietigd het arr. van het geregtshof te Arnhem van 21 Febr. 1877, waarvan en voor zoover daarvan is gekomen in cassatie, en de H.-R., doende wat het Hof had behooren te doen, zal bevestigen het vonnis der arr.-regtb. te Arnhem van 4 Sept. 1876, ook dat gedeelte daarvan, hetwelk bij het arr. is vernietigd, met veroordeeling van den verw. in de kosten van hooger beroep en cassatie.

Daartoe werd bij dagvaarding het volgende aangevoerd:

»A. de eischer bij deze komt in cassatie van het arr. door het geregtshof te Arnhem van 21 Febr. 1877, tusschen partijen gewezen, voor zoover, met voorbijgang van des eischers in eersten aanleg gedaan aanbod tot bewijs, het vonnis der regtb.

te Arnhem van 4 Sept. 1876 is vernietigd en aan den eischer zijn eisch is ontzegd, met veroordeeling in de kosten;

»A. *in facto* vaststaat: dat de eischer bij exploit van 2 Dec. 1875 bij de arr.-regtb. te Arnhem tegen den verw. heeft ingesteld een vordering tot afscheiding van de daarbij vermelde aan elkander grenzende gronden;

»dat deze vordering hoofdzakelijk rust op de volgende gronden:

»dat de verw. is eigenaar van zekere gronden gelegen onder Pannerden en grenzende aan de rivier de Rijn en de daar opgekomen gronden toebehoorende aan het Rijk; dat in 1852 door het Bestuur van den Waterstaat daar ter plaatse in de rivier drie kribben zijn aangelegd en in 1853 verlengd; dat terwijl vroeger de rivier inscharende was, na dien aanleg boven, tusschen en beneden die kribben aanwas is ontstaan, die steeds in uitgebreidheid toeneemt, en die het gevolg is geweest van den aanleg der kribben, waarvan de kosten niet door den verw. als mede-eigenaar, maar alleen door den Staat zijn betaald, en dat door het langzamerhand en ongelijk droog worden van den grond de grens tusschen den eigendom van den verw. en den Staat daar ter plaatse is verloren geraakt;

»dat de verw. o. a. heeft ontkend, dat de aanwas is ontstaan door de werking der kribben en dat de eischer bij vonnis van 4 Sept. 1876 op zijn verzoek is toegelaten tot het bewijs daarvan, met reserve der kosten, nadat bij datzelfde vonnis was verworpen een middel van niet-ontvankelijkheid door den verw. voorgesteld;

»dat het vonnis wat dit laatste betreft in hooger beroep bij het beklaagde arr. is bevestigd, doch voor het overige vernietigd en, met voorbijgang van het in eersten aanleg gedaan aanbod tot bewijs, aan den eischer zijn eisch is ontzegd, met veroordeeling in de kosten der beide instantien; alles hoofdzakelijk op grond dat uit a. 651 B.-W. in verband met de a. 2 en 3 der Publicatie van Hunne Hoogmogenden van 26 Febr.

1806 zou volgen dat de aanwassen zijn geworden de eigendom van den verw., ook dan als zij ontstaan waren door de werking der kribben, vermits niet blijkt dat hij geweigerd heeft die op zijn kosten aan te leggen;

»A. tegen dat arr. wordt aangevoerd als *middel* van cassatie: schending en verkeerde toepassing van a. 648 en 651 B.-W., van de a. 8 en 9 der Publicatie van Hun Hoogmogenden van 26 Febr. 1806 en van de a. 199 en 203 B.-R., omdat uit de aangehaalde a. van het B.-W. en van de Publicatie van 1806 volgt, dat als aanspoeling komende ten voordeele van den oever-eigenaar alleen worden aangemerkt de aanwassen, die natuurlijk d. i. door de enkele kracht der natuur, langzamerhand en ongemerkt, aan landen bij een loopend water gelegen aangroeijen, maar de aanwassen die het gevolg zijn van door den Staat aangelegde kribben in tegendeel komen ten behoeve van den lande, en omdat derhalve de gegrondheid van des eischers vordering wel degelijk afhangt van het door hem aangeboden en door den eersten regter toegelaten bewijs, dat alzoo door den eersten regter op grond van de aangehaalde a. B.-R. teregt was toegelaten.«

Voor den verw. is geconcludeerd als volgt:

»A. de eischer, beweerende te zijn eigenaar van eenige onder de gemeente Pannerden in den Rijn opgekomen gronden grenzende aan eenige mede aldaar gelegen oeverlanden van den verw., tegen dezen heeft ingesteld eene *actio finium regundorum*;

»A. voorts de eischer tot staving van zijn door den verw. ontkend eigendomsregt zich heeft beroepen op het feit, dat de gronden, waarvan hij eigenaar beweert te zijn, zouden uitmaken een aanwas ontstaan als gevolg van den aanleg van kribben door den Staat gemaakt en bekostigd;

»A. eindelijk de eischer gevraagd heeft dat door hem gestelde, doch door den verw. ontkende feit, door alle middelen regtens, speciaal door getuigen of deskundigen te mogen be-

wijzen, doch hem het verlof tot die bewijsvoering als niet ter zake dienende en afdoende, op de in het arr. voorkomende motieven is geweigerd en hem zijne vordering als onbewezen is ontzegd;

»A. alsnu tegen 's Hofs beslissing als *middel van cassatie* wordt aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 648 en 651 B.-W., van de a. 3 en 9 van de Publicatie van Hunne Hoogmogenden van 26 Febr. 1806 en van de a. 199 en 204 B.-R., omdat uit de aangehaalde a. van het B.-W. en van de Publicatie van 1806 volgt, dat als aanspoeling komende ten voordeele van den oever-eigenaar alleen worden aangemerkt de aanwassen die natuurlijk, dat is door de enkele kracht der natuur langzamerhand en ongemerkt aan landen bij een loopend water gelegen, aangroeijen, maar de aanwassen, die het gevolg zijn van door den Staat aangelegde kribben, integendeel komen ten behoeve van den lande, en omdat derhalve de gegrondheid van des eischers vordering wel degelijk afhangt van het door hem aangeboden en door den eersten regter toegelaten bewijs, dat alzoo door den eersten regter, op grond van de aangehaalde a. B.-R. teregt was toegelaten;

»A. wat betreft de eene stelling van het *middel*, als zouden aan den Staat behooren de aanwassen, die het gevolg zijn van door den Staat aangelegde kribben, daarvan in de aangehaalde a. B.-W. niets te lezen staat;

»A. die stelling evenmin wordt goedgemaakt door de aangehaalde a. der wet van 1806, die den landseigendom van den door kribben of andere werken verkregen aanwas niet verbindt aan het enkele feit dat die werken door den Staat zijn gemaakt en bekostigd, doch daartoe bovendien vereischt dat de oever-eigenaar onwillig zich hebbe betoond om die werken, door de commissie van superintendentie noodig geoordeeld, zelf ten zijnen kosten aan te leggen, — eene voorwaarde, die bij het arr. beslist is *in casu* te ontbreken en tegen welke beslissing bij het *middel* van cassatie niet wordt opgekomen;

„A. wat de andere stelling van het *middel* betreft, als zoude a. 651 B.-W. van den oever-eigenaar toekomende aanwas uitsluiten elken aanwas ten gevolge van aangelegde kunstwerken verkregen, bij het arr. op goede gronden de onjuistheid dier stelling is aangetoond;

„A. trouwens van die stelling, ook al ware zij juist, alleen het gevolg zou zijn dat de gronden in quaestie niet aan den verw. behoorden als aanwas en a. 651 B.-W., doch daaruit nog geenszins zou voortvloeijen, waar het intusschen *in casu* uitsluitend op aankomt, dat die gronden zouden behooren aan den Staat, die als beweerde eigenaar ten deze met de *actio finium regundorum* is opgetreden en die zijn *eigen* door den verw. ontkend eigendom te bewijzen had;

„A. derhalve het aangevoerde *middel* is onaannemelijk;

„Zoo concludeert Mr. B. M. Vlielander Hein, als advokaat van den verw. in cassatie, dat bij arr. van den H.-R. het ten deze door den eischer ingesteld beroep in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„Als eenig *cassatie-middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 643 en 651 B.-W., 3 en 9 der Publicatie van Hunne Hoog Mogenden van 26 Febr. 1806 en de a. 199 en 203 B.-R., omdat uit de aangehaalde a. van het B.-W. en de Publicatie van 1806 volgt dat, als aanspoeling komende ten voordeele van den oever-eigenaar, alleen worden aangemerkt de aanwassen die natuurlijk, d. i. door de enkele kracht der natuur, langzamerhand en ongemerkt van landen bij een loopend water gelegen, aangroeijen, maar de aanwassen die het gevolg zijn van door den Staat aangelegde kribben integendeel komen ten behoeve van den lande, en omdat derhalve de gegrondheid van des eischers vordering wel

degelijk afhangt van het door hem aangeboden en door den eersten regter toegelaten bewijs, dat alzoo door den eersten regter, op grond van de aangehaalde a. B.-W. teregt was toegelaten.

»De feiten van het proces zijn, voor zoover zij m. i. voor deze behandeling in cassatie van belang zijn, de volgende. De Staat heeft tegen den verw. in cassatie gesteld eene *actio finium regundorum*, bewerende eigenaar te zijn van zekeren aanwas, aangegroeid aan oeverlanden van den verw., gelegen aan den Rijn onder Pannerden.

»De verw. ontkende dien eigendom van den eischer, en de laatste bood daarom aan te bewijzen, dat de gronden, waarvan hij eigendom beweerde, uitmaken een aanwas, ontstaan als gevolg van kribben, door den Staat (en dit was niet tegengesproken) gemaakt en bekostigd.

»Het Hof was van oordeel, dat, al waren de gronden, wier afscheiding en afpaling van de eigendommen van verw. door den Staat wordt gevorderd, door de werking der bedoelde kribben aan die eigendommen aangewassen, zij niettemin moeten geacht worden aan den app. (nu verw.) en niet *aan den Staat* toe te behooren, weshalve de *grondslag van de actie*, *het beweerde eigendomsregt van den Staat*, *wegviel*, en besliste, dat diensvolgens de gestelde daadzaken niet waren ter zake dienende en afdoende.

»Zijn nu door deze beslissing de aangehaalde a. geschonden of verkeerd toegepast?

»De a. van het W. v. B.-R. zijn van ondergeschikt belang. Deze komen eerst in aanmerking wanneer de overige a. mogten blijken geschonden of verkeerd toegepast te zijn.

»A. 643 B.-W. stelt als algemeenen regel, dat al hetgeen met eene zaak vereenigd is, aan den eigenaar behoort, — met bijvoeging echter: »volgens de regelen bij de volgende a. »vastgesteld.»

»Op zich zelf kan dus dit a. niet geschonden zijn, maar

alleen in verband met een der bedoelde volgende a., waaronder behoort het mede in het *middel* vermelde a. 651.

»Zooals uit het door mij medegedeelde blijkt, heeft het Hof bij de motivering van het arr. er zich niet toe bepaald te doen uitkomen, dat de Staat *niet* eigenaar was van de gronden in verschil, maar bovendien het oordeel uitgesproken, dat die toebehoorden aan den app., nu verw. Daartegen komt de eischer op. Een van de vereischten dat aanspoeling ten voordeele van den eigenaar van den oever komt is, zegt men, volgens a. 651, dat de aanslijking en aanwas zij *natuurlijk*. Dit woord, voert men verder aan, dat niet te vinden is in de definitie van a. 556 *C. N.* en evenmin in het oorspronkelijk ontwerp van ons Wetb., werd er blijkens het aangeteekende in de *Geschiedenis* van Mr. VOORDUIN III, 53, bijgevoegd: »ter voldoening van het verlangen van eenige afdeelingen, »ten einde alle ongelegenheden te weren, welke uit het be»vorderen van aanwas door aangelegde kribben, rijswerken enz. »zouden kunnen ontstaan,» dus juist voor een geval als het onderwerpelijke, dat de aanwas zou zijn een gevolg van een aangelegden krib. Volgens den eischer moet men alzoo het woord *natuurlijk* zoo algemeen en strikt opnemen, dat alleen aangroeijing, uitsluitend ontstaan door de werking en kracht der natuur, als aanwas komt ten voordeele van den oever-eigenaar, maar niet als eenig werk van 's menschen hand daartoe heeft medegewerkt, al is dit gemaakt geheel buiten toedoen van den eigenaar, al is het hem onbekend, al is het nog zoover afgelegen van de plaats, waar de aanwas zich vertoont. De woorden van het a. en de aangehaalde verklaring van de Regering geven aanleiding tot deze uitlegging. Bij de talrijke werken, die vooral in den laatsten tijd in de rivieren worden gemaakt, zal men dan echter al zeer weinig aanwas vinden, die althans niet eenigermate bewijsbaar zijn oorsprong aan een dier werken zal te danken hebben, en

dus bij de gemelde opvatting van het a. niet natuurlijk is.

»Dringt men daarbij verder door in de geschiedenis van het a. en gaat men na welk het verlangen was, waaraan de Regering door de toevoeging van het woord *natuurlijk* in a. 651 wilde voldoen, dan leert ons hetzelfde werk van den heer VOORDUIN, *ll.*, bl. 438, noot 1, dat men wenschte te voorkomen den kunstmatigen aanwas, die hebzuchtige oevereigenaars deden ontstaan ten nadeele van de eigenaars van naburige of aan den anderen oever gelegen landen. Maar dan is er ook zeer veel grond om met het Hof het woord *natuurlijk* niet zoo scherp op te vatten en *natuurlijken* aanwas alleen te stellen tegenover dien, welken de oever-eigenaar door het eigenmagtig aanleggen van werken mogt hebben doen ontstaan, waardoor dan niet wordt uitgesloten de aanwas, het gevolg van kribwerken, waaraan de oever-eigenaar geen deel had, welke aanwas dan *voor hem* natuurlijk blijft.

»Maar ik geloof, dat ik reeds te lang bij deze quaestie heb stil gestaan, en dat het volstrekt niet noodig is daaromtrent eene beslissing te nemen.

»Gesteld toch, dat de uitlegging door het Hof gegeven *onjuist* is, dat dus a. 651 verkeerd is toegepast. Wat volgt dan daaruit? Dat de verw. ten onregte op grond van dat a. is beschouwd als eigenaar van den aanwas.

»Maar het is hier de vraag niet of de aanwas toekomt aan den verw.; — de eischer moet bewijzen, dat die aanwas is *zijn* eigendom. En dit wordt voorzeker in a. 651 jo 643 B.-W. niet geleerd, — en andere a. van het B.-W., waaruit men die stelling zoude willen goed maken, zijn bij het *middel* niet aangevoerd, wel de a. 3 en 9 van de Publicatie van H.-Hoogmog. van 26 Febr. 1806. Het komt hier vooral aan op a. 9 van gezegde Publicatie, waarop eigenlijk alleen de eisch van den Staat heeft gesteund. Namens den verw. is beweerd, dat die wetsbepaling is afgeschaft.

„Omtrent de regtsgeldigheid van de bedoelde Publicatie in het algemeen, weet ik niet beter te doen, dan den Raad te verwijzen naar het vrij uitvoerig gemotiveerde arr. van 19 Sept. 1848 (v. d. Hon., *G.-Z.* IX, *Ned. Rspr.* XV, 226).

„Maar men voert aan, dat even als de H.-R. bij arr. van 29 Junij 1871 (v. d. Hon., *B.-R.* XXXVI, 144; *Ned. Rspr.* XCVIII, 251), van oordeel was dat a. 3 der Publicatie onbestaanbaar was met de latere onteigeningswetten, wanneer er gebruik moet worden gemaakt van eens anders eigendom tegen den wil van den eigenaar, evenzoo a. 9 eene regeling inhoudt van het regt van aanwas, die vervallen is door de invoering der codificatie.

„Nu ontken ik, dat a. 9 eene regeling van het regt van aanwas inhoudt. De geheele Publicatie laat de quaestie, aan wie *civiliter* de aanwas toekomt, m. i. buiten beslissing. Reeds a. 8 zegt enkel, dat een ieder in zijn *welhebbend* regt van aanwas zal worden gehandhaafd, en a. 9 zelf zegt in zijn eerste gedeelte, dat de oever-eigenaar den aanwas zal genieten, *soover die hem wettig toekomt.* En er was, dunkt mij, reden om deze materie in de Publicatie, die een publiek-regtelijk karakter heeft en bestemd is om politie-maatregelen in te houden, niet ter loops te regelen.

„Ik zou toch niet aan den spreker voor den verw. durven toegeven, dat vroeger bij ons als regel aan de Grafelijkheid, de Staten, het Domein, de aanwas toekwam. Nog eer zoude ik durven beweren dat, als regel, de aanwas kwam ten voordeele van de oever-eigenaren, maar nog meer komt het m. i. nabij de waarheid te zeggen, dat er voor het geheele land geen vaste regel bestond omtrent het genot van den aanwas, en dat de opvatting daaromtrent, naar gelang van de onderscheidene provincien en den aard der eigendommen, verschillend was. (*)

(*) In het *Placaatkundig Woordenboek*, deel I, voce *Aanwasschen*,

„A. 9 van de Publicatie bevat bloot eene bepaling van politie. Het legt aan den oever-eigenaar een last op, het verpligt hem waterwerken aan te leggen (zie OLIVIER, *Beperking van den Eigendom*, blz. 251); zulks ten zijnen koste, wanneer de Commissie van superintendentie het noodig oordeelt; de aanwas, *voor zoover die hem wettig* toekomt, blijft hij dan genieten.

„Het is echter eene verpligting, van welke hij zich kan ontslaan. Indien hij in den aanwas, hetzij omdat hij die niet van belang verwacht, hetzij omdat hem die volgens het plaatselijk regt niet toekomt, geene vergoeding ziet voor de kosten van de werken, kan hij weigeren die te dragen, doch dan moet hij ook afstand doen van het regt van aanwas, indien hij dit

---

wordt aangeteekend, dat die van Landen in de rivieren buitendijks altijd zijn aangemerkt als het eigendom van de Graaflijkheid. Uit hetgeen verder volgt, blijkt echter, dat meer bepaald van Holland gesproken wordt.

DE GROOT vermeldt in zijne *Inleijdinge*, II, 9, dat: In Holland ende West Vrieslant van wegen de Graeflelykheyt geseyt wert, dat de aanwassen als gevolg van de Wateren de Graeffelykheit toekomen. Doch hij voegt er dadelijk bij: Anderen ontkennen sulx, ende desen aengaende wat voor regt moet werden gehouden, is met de verscheydenheyt van gewoonten en gewesen vonnissen vry onseker.

„Volgens dienzelfden geleerde hebben de Ingelanden: „aen de Maeskant en de Ysselkant„, regt op den aanwas. SIMON VAN LEEUWEN, *Rooms Hollands regt*, II, 4, is van oordeel dat, daar er bij ons niets op dit punt is gestatueerd, de aanwas moet verstaan worden, volgens het voorschrift van den Roomse regter toe te komen den Eygenaar van het land daaraan de aanwas geschied. VOET, *ad Pandectas* tit. *de acq. rer dom.* (XLI, n° 15), maakt een onderscheid tusschen *agri limitati* en *non limitati* en oordeelt: „quod attinet non limitatos, quales apud nos sunt extra „aggeris munitionem fluminibus adjacentes, *uytterwaerden*, non dubium „quin alluvionis commoda dominis talium agrorum acquirantur.„ Volgens HUBER, *Ned. Regtsgeleerdheyt*, II, V, is de aanwas, welke de zee of rivier allengskens doet groeijen aan iemands land, terstond eygen aan den Heer van 't naeste landt, en eindelijk vindt men bij VAN ZÜRCK, *Codex Batavus*, voce *Aenwas*, § II, n° 5: „In Gelderlant komt aenwasch den aengelegen Landen.„

heeft; wat dan ten gevolge van de werken, die ten koste van den Lande mogten gedaan worden, aanwast, komt ten bate van den Lande. Dit is, dunkt mij de eenvoudige meening van het a., waarop eene latere regeling van de burgerlijke regten op den aanwas van geen invloed kan zijn.

„En wat nu het a. zelf betreft, acht ik de opvatting van het Hof zeer juist.

„Wanneer toch vervalt aan den Lande het regt van aanwas? Door twee *bijaldiens* wordt dit in het a. uitgedrukt. *Bijaldien* de oevereigenaar de kosten van aanleg van de kribben (welke aanleg hem in het eerste gedeelte van het a. als verpligting wordt opgelegd), niet *wil* betalen, en *bijaldien zulks* ALSDAN (dus na de weigering) ten koste van den Lande zal gedaan worden. En nu is *in facto* uitgemaakt, dat noch aan den verw. noch aan zijne auteuren door den Staat is kennis gegeven, dat de gezegde kribben door den Waterstaat noodig werden geoordeeld, laat staan dat hij of zij zich onwillig zou of zouden hebben verklaard om de kosten er van te dragen. En dat bij gebreke van mededeeling der noodzakelijkheid en van weigering om de kosten te dragen, daarvoor niet in de plaats kan treden het lijdelijk toezien, dat de werken werden gemaakt, en het niet te kennen geven van het verlangen om de kosten te dragen wordt in het arr. op m. i. goede gronden aangenomen.

„Bij de feitelijke beslissing van het Hof kan dus de Staat zich niet op a. 9 der Publicatie beroepen tot bewijs van zijn eigendom.

„Ik moet hier nog bijvoegen, dat de uitlegging door het Hof aan a. 9 der Publicatie gegeven, niet nieuw is. De heer BOOGAART teekent reeds in het eerste deel van zijn werk, *Wetten enz. op den Waterstaat*, in 1858 uitgekomen, op a. 9 der Publicatie, bl. 24, aan: „Naar 't mij voorkomt legt dit „a. aan het Rijk, wil het regt op den aanwas krijgen, de

»verpligting op om alvorens eenig werk tot behoud van den »oever aan te vangen, van de oever-eigenaars de verklaring te »vorderen, dat zij niet genegen zijn de werken ten hunnen »koste uit te voeren. Bij gebreke toch van zoodanige verkla- »ring, en van het wederzijds constateren van den staat des »oevers *vóór* den aanleg van het werk, schijnt de aanwas te »moeten komen ten voordeele van de oever-eigenaars.»

»En dat het bestuur van den Waterstaat ook wel die zienswijze heeft gedeeld, blijkt uit het exploit door den verw. sub A 6 overgelegd.

»Ik ben alsoo van oordeel, dat door het beroep op de verschillende a. in het *middel* vermeld, de eischer zijne stelling niet heeft gestaafd dat, wanneer hij bewezen zal hebben dat de onderwerpelijke aanwas het gevolg is van kribben ten koste van den Lande aangelegd, hem, als eigenaar van dien aanwas zijne vordering tot afscheiding van aan elkander grenzende gronden zal moeten worden toegewezen, en ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening in cassatie, met veroordeeling van den eischer in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

»O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 643 en 651 B.-W., der a. 3 en 9 der Publicatie van Hunne Hoogmogenden van 26 Febr. 1806 en der a. 199 en 203 B.-R., omdat uit de aangehaalde a. B.-W. en der Publicatie van 1806 volgt, dat als aanspoeling, komende ten voordeele van den oever-eigenaar, alleen worden aangemerkt de aanwassen, die natuurlijk, dat is door de enkele kracht der natuur, langzamerhand en ongemerkt aan landen bij een loopend water gelegen, aangroeijen, maar de aanwassen, die het gevolg zijn van door den Staat aangelegde kribben, integendeel komen ten behoeve van den lande, en omdat derhalve de gegrondheid van des eischers vordering wel degelijk afhangt van het door hem aangeboden

en door den eersten regter toegelaten bewijs, dat alzoo door den eersten regter op grond van de aangehaalde a. B.-R. teregt was toegelaten;

„O., dat de eischer in cassatie tegen den verw. heeft ingesteld eene actie tot afscheiding van eigendom, bewerende, dat hij zoude zijn eigenaar van zekere in de rivier de Rijn aan de oeverlanden des verweerders aangewassene gronden, welke aanwas ontstaan zoude zijn ten gevolge van kribben door den Staat aangelegd en bekostigd;

„O., dat het Hof in hooger beroep die vordering heeft afgewezen, omdat de bedoelde aanwas zoude moeten worden geacht niet aan den eischer in cassatie maar aan den verw. toe te behooren, en dus de grondslag der vordering, het eigendomsregt des eischers op de gronden waarvan de afscheiding gevorderd wordt, ontbreekt;

„O., dat de eischer alsnu bij het aangehaalde *middel* beweert, dat het Hof door die beslissing de aangehaalde a. zoude hebben geschonden;

„O., dat dit *middel*, vermits de aangehaalde a. B.-R. alleen dan kunnen zijn geschonden, indien een der andere aangehaalde a. mogt blijken geschonden te zijn, steunt op twee beweringen, ten eerste, schending van a. 648 jo a. 651 B.-W., omdat hier een der vereischten van aanspoeling, dat die zij natuurlijk, zoude ontbreken; en ten tweede, schending van de a. 3 en 9 der Publicatie van Hunne Hoogmogenden van 26 Febr. 1806, omdat aan den Staat de eigendom zoude zijn onthouden in aanwassen, welke bij die a. aan hem zoude zijn toegekend;

„O. wat de eerste bewering aangaat, dat wel bij a. 651 B.-W. tot het verkrijgen van aanwassen door de oever-eigenaars wordt gevorderd, dat die aanwas zij natuurlijk, doch dat, blijkens de beraadslagingen (zie VOORDUIN, d. III, bl. 433 in de noot), daarmede alleen wordt bedoeld, zoodanige aanwas,

welke niet kunstmatig ten koste van naburige of aan den oeverkant der rivier gelegen eigendommen is verkregen;

„O., dat het Hof mitsdien teregt heeft aangenomen, dat het begrip van aanspoeling niet elken aanwas door kunstmiddelen verkregen uitsluit, maar alleen dien, welken de oever-eigenaars door het eigenmagtig aanleggen van zoodanige werken mogten hebben doen ontstaan, en door die beslissing noch a. 651, noch a. 643, hetwelk bij eerstgemeld a. op aanwas wordt toegepast, heeft geschonden;

„O. wat de tweede bewering aangaat, dat het Hof mede teregt heeft beslist, dat ook de aangehaalde a. van de Publicatie van 1806 aan den Staat geen eigendomsregt toekennen op de quaestieuse aanwassen;

„O. toch, dat volgens a. 9 alleen dan aan de oever-eigenaars de eigendom van eenen, ten gevolge van door en ten koste van den Staat aangelegde werken ontstanen aanwas wordt onthouden en aan den Staat wordt toegekend, in geval die eigenaar, na van wege den Staat met de noodig geoordeelde werken bekend te zijn gemaakt, de onkosten daarvan niet heeft willen dragen, van welke bekendmaking of weigering in deze, volgens de feitelijke beslissing van het Hof, niets blijkt;

„O., dat vermits dus in deze het geval niet aanwezig is, waarin gemeld a. 9 de eigendom van aanwassen aan den Staat toekent en dit a. derhalve eigenlijk niet is toegepast, ook niet behoeft te worden onderzocht, of de daarbij gedane toekenning van eigendom al dan niet door opvolgende wetten is afgeschaft;

„O., dat het aangevoerde *middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen.”

No 1585. — Arrest v. 8 Febr. 1878.

(A. 272 jo a. 301 B.-W.)

Kan men zich tot staving eener nieuwe vordering tot scheiding alleen dan op oude redenen, die vóór de verzoening hebben plaats gehad beroepen, indien het bestaan bewezen is van eene nieuwe oorzaak, die op zich zelve en afgescheiden van de oude redenen, de vordering wettigt? — Ja.

In deze zaak heeft de Proc.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

„Bij het *middel* van cassatie wordt beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 271 en 272 in verband met de a. 301, 288 en 1902 B.-W.

„Aan de eischeresse in cassatie is hare vordering tot scheiding van tafel en bed ontzegd, en zij beweert dat die ontzegging het gevolg is van eene verkeerde uitlegging van a. 272 B.-W., omdat het Hof de oude redenen, die er vóór de verzoening bestonden, niet heeft willen gebruiken tot staving der regtsvordering. Het geschil in cassatie betreft dus vooral a. 272 voornoemd; de overige a. bij het *middel* aangehaald, staan daarmede in een verwijderd verband.

„De bepaling van a. 272 is niet duidelijk; de wetgever heeft zijne gedachte niet juist uitgedrukt; het a. is overgenomen uit a. 273 *C. C.* doch gewijzigd; want terwijl laatstgemeld a. den eischer toelaat, de *faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande*, zegt ons a., dat hij van de oude redenen gebruik mag maken om zijn eisch te STAVEN.

„Het blijkt niet waarom de redactie in dien zin is gegeven; en de uitleggers der wet schijnen het woord *staven* in dezelfde beteekenis te nemen van *den eisch* AAN TE DRINGEN, of te BEVESTIGEN. Vgl. v. HALL, *Handl.*, 3e stuk, bl. 281.

„De heer OPZOOMER gaat zoover, dat hij meent, dat het a. voor geene gezonde uitlegging vatbaar is, dat het twee deelen bevat, die elkander volkomen tegenspreken en dus onmogelijk kunnen verbonden worden.

»De H.-R. kan echter het a. niet als *niet bestaande* beschouwen, zooals de schrijver aanraadt.

»Het komt mij echter voor, dat de beslissing in hoeverre het a. *in casu* geschonden of verkeerd toegepast is, niet zoo moeijelijk is te achten, wanneer men de feitelijke beslissing juist opvat. Ik zal echter een enkel woord over de controverse die er bestaat, vooraf laten gaan.

»Ons a. spreekt *vooreerst* van het *aanvangen* eener *nieuwe* regtsvordering: bij den Code wordt verondersteld, dat de eischer in zijne *eerste* actie, op grond der verzoening, niet-ontvankelijk is verklaard en daarna eene tweede vordering instelt.

»Ik geloof echter niet, dat de wetgever zich de zaak zoo gedacht heeft; ik zou eerder geneigd zijn aan te nemen, dat bij het a. de gevolgen geregeld zijn door de verzoening te weeg gebragt, onverschillig of de regter van de zaak al dan niet is gesaississeerd, en of de regtsvordering is ingetrokken of wel niet-ontvankelijk verklaard.

»ROGRON voert daaromtrent een arr. aan, waarbij is beslist: »que les faits anciens reprochables peuvent revivre même dans »le cas où le demandeur, par l'effet de pardon, se serait *abstenu* »de former alors une *première* demande en divorce.» Het a. zou dan in dien zin moeten worden opgevat, dat het onnoodig is, dat de verzoening door de regterlijke uitspraak is gebleken, maar als een *feit* bij het instellen der vordering kan worden bewezen; en dat de regter alsdan moet letten op de oude oorzaken, indien er eene *nieuwe* oorzaak is op grond van welke de scheiding wordt gevraagd. Die *nieuwe* oorzaak na de verzoening opgekomen, is de *tweede* moeijelijkheid in het a. Vrij algemeen wordt aangenomen, dat zij van aard kan verschillen van die, waarop de verzoening tusschen de echtgenooten is gevolgd.

»Maar er is groot verschil van meening over de vraag of de nieuwe oorzaak *op zich zelve* voldoende moet zijn om de

vordering tot scheiding te regtvaardigen. Het arr. neemt dit laatste aan, geheel overeenkomstig de leer van DIEPHUIS, laatste uitgave, D. IV, bl. 517.

„DALLOZ verdedigt de meening, dat het a. niet vordert, dat de grond waarop de nieuwe actie steunt, op zich zelve voldoende is om den eisch te wettigen: hij zegt in voce *Séparation de corps* n° 217: „l'article 273 *interprêté ainsi se fut* „*contredit soiméme: l'esprit de la loi doit donc l'emporter* „*sur son texte.*„ Hij laat er echter onmiddellijk op volgen, dat de nieuwe feiten, waarop de actie wordt gegrond, een zeker gewigt moeten hebben, *une certaine importance*, *et qu'ils soient de nature à ajouter un élément nouveau aux faits couverts par la réconciliation:* en hij voegt er bij „*ce sera aux juges à apprécier.*„

„Het a. zou welligt in dien zin kunnen worden opgevat, dat de feiten vóór de verzoening gepleegd, bij het ontstaan eener nieuwe oorzaak van oneenigheid tusschen de echtgenooten, mogen gebruikt worden om, zooals DALLOZ, *l.l.* n° 215 zegt: „*à faire apprécier les moeurs*, *le caractère*, *la sympathie mutuelle des époux.*„ Zoo kan b. v. eene grove beleediging van den eenen echtgenoot jegens den anderen, zijn vergeven, op grond, dat de woorden in drift zijn geuit en daaraan niet de zware beteekenis is gehecht, welke zij gewoonlijk hebben, terwijl bij eene latere herhaling dierzelfde beleediging de vroegere kan worden gebezigd om te bewijzen, dat wel degelijk de *animus injuriandi* bestaat.

„Maar hoe men nu ook het a. moge uitleggen, dit staat vast, dat de wetgever niet kan hebben bedoeld om de eenmaal opgekomen verzoening der echtgenooten als niet geschied te doen beschouwen. Er moet dus zijn eene *nieuwe* oorzaak, gewigtig genoeg om het instellen eener regtsvordering *na* de verzoening te wettigen. De regter moet dus eerst onderzoeken of die nieuwe oorzaak bestaat, en dan eerst komt de vraag te

pas in hoeverre de oude redenen de gegrondheid der vordering staven of aannemen.

„En welke is nu de feitelijke beslissing in het arr.? Wij vinden die in de 14e overw.: het Hof zegt, dat de feiten, voor zooveel zij *na* de verzoening zouden hebben plaats gehad, *niet bewezen zijn;* dat die welke *vóór* de verzoening zouden zijn gepleegd daarom niet in aanmerking kunnen komen, en het onderzoek daarnaar dus niet te pas komt.

„Die beslissing is uit haren aard feitelijk als berustende op de appreciatie der afgelegde verklaringen en hare geloofwaardigheid.

„Ik moet echter daaromtrent nog een punt doen opmerken, omdat bij pleidooi voor de eischsse werd beweerd, dat het Hof juist hierin de strekking van a. 272 heeft miskend.

„Onder de gearticuleerde feiten, waarop de eisch tot scheiding werd gegrond, behoorden o. a. dat de gedaagde aan de eischeres in het openbaar en in het bijzijn van derde personen, grove scheldwoorden zou hebben toegevoegd. Die beleedigingen zouden van dien aard zijn geweest, dat zij op zich zelve eene oorzaak tot scheiding konden wettigen. En nu overweegt het Hof in de 9e overw., dat de verklaringen loopende over dat gedeelte der aanklagt „niet zoo precies en pertinent zijn dat „daarop de vordering tot scheiding mag worden toegewezen.”

„En dan volgt in de 10e en 11e overw. de reden waarom die verklaringen niet pertinent zijn: nl., dat niet met zekerheid kan worden uitgemaakt, dat de verw. met het uiten dier woorden de eischsse heeft bedoeld, en het zelfs, op grond van eenige omstandigheden, niet onaannemelijk is, dat deze een ander persoon, nl. de gehoorde getuige, zelve betroffen. Die beslissing is feitelijk; maar nu kan aan den regter niet worden verweten, dat hij a. 272 voornoemd heeft geschonden door niet te onderzoeken of *vóór* de verzoening scheldwoorden zijn geuit, waarvan overigens ten processe niet is gebleken, welke het aannemelijk maken

dat de *na* de verzoening geuite scheldwoorden betrekking hadden op de eisch[sse]. De beslissing van het Hof, dat er *na* de verzoening geen *nieuwe* oorzaak is opgekomen, omdat de feiten, die haar zouden moeten opleveren, niet bewezen zijn, is feitelijk; en door de beslissing dat *daarom* een onderzoek naar de feiten vóór de verzoening gepleegd niet te pas komt, heeft het Hof m. i. a. 272 voornoemd niet geschonden maar juist toegepast.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling der eischeresse in de kosten, in cassatie gevallen.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 271 en 272 B.-W. in verband met de a. 301, 288 en 1902 van datzelfde Wetb., doordien het Hof, *in facto* aannemende dat de feiten waarop de vordering berust, voor zoover zij na de voorziening hebben plaats gehad, niet genoegzaam waren bewezen, *in jure* heeft beslist, dat de oude redenen vóór de verzoening hebbende bestaan (waarop de eischeresse zich volgens het arrest tevens had beroepen) niet in aanmerking konden worden genomen, en alzoo heeft beslist, dat de eischeresse daarvan tot staving harer vordering geen gebruik kan maken, en de vordering daarom als niet bewezen heeft ontzegd;

„O. dienaangaande, dat, nadat in het bestreden arr. met betrekking tot de door de eisch[sse] ingestelde vordering tot scheiding van tafel en bed, vooraf was overwogen, dat a. 272 j° a. 301 in gezonden zin geene andere uitlegging toelaten dan deze, dat de nieuwe oorzaak eene zoodanige moet zijn, welke op zich zelve de scheiding kan regtvaardigen, — het Hof heeft onderzocht of de door de eisch[sse] tot staving harer vordering gestelde feiten (de redenen der gevraagde scheiding behelzende), voor zoover ze na de (*in facto* aangenomen) verzoening zijn voorgevallen, genoegzaam waren bewezen, en ver-

volgens in de 14e overw. van het arr. heeft beslist: »dat die feiten, voor zoo verre ze nà de verzoening zouden hebben plaats gehad, niet bewezen zijn; dat die, welke beweerd worden vóór de verzoening te zijn voorgevallen, dienvolgens niet in aanmerking mogen komen; het onderzoek naar het al of niet bewezen zijn dier feiten derhalve niet te pas komt en dus de vordering, als niet bewezen, moet worden afgewezen»;

»O., dat het Hof alzoo niet zegt, zoo als het *middel* beweert, dat de eischsse tot staving harer vordering van de oude redenen geen gebruik kan maken, maar dat dit niet kan geschieden als de feiten met betrekking tot de nieuwe oorzaak die na de verzoening is ontstaan, niet zijn bewezen;

»O. overigens, wat de hiervoren vermelde beslissing betreft, dat a. 272 B.-W., waarop het ten deze aankomt, daarbij met juistheid is toegepast; terwijl daarbij ook met geen der andere aangehaalde a. in strijd is gehandeld;

»O. toch, dat hetzij men aanneemt dat de bij a. 272 bedoelde na de verzoening opgekomen nieuwe oorzaak eene zoodanige zijn moet, welke op zich zelve de scheiding kan regtvaardigen; hetzij men het, meer met het oog op het laatste gedeelte van het a. genoegzaam acht, dat die oorzaak eene nieuwe daadzaak betreft, naar 's regters oordeel van zoodanig gewigt en beteekenis, dat zij de vóór de verzoening bestaan hebbende redenen van scheiding aanvult, naar a. 272 dit altijd vaststaat: dat er bij eene plaats gevonden verzoening der echtgenooten, eene nieuwe, daarna opgekomen oorzaak zijn moet, om het instellen eener regtsvordering tot scheiding te wettigen; bij gevolg, dat waar zulks niet het geval is, de grond zelf van de bij het a. verleende regtsvordering ontbreekt;

»O. dat, mogen nu ook al volgens dat a., bij het bestaan van zoodanige, nà de verzoening opgekomen oorzaak, de oude redenen tot beoordeeling van den aard of het gewigt van deze nieuwe oorzaak kunnen in aanmerking komen, dit

geenszins medebrengt, dat die nieuwe oorzaak ook door de oude redenen zou kunnen worden bewezen, maar dat integendeel uit den aard der zaak volgt, dat het bewijs van het bestaan der nieuwe oorzaak op zich zelf en afgescheiden van dat der oude redenen moet worden geleverd;

"O., dat derhalve, waar door 's Hofs beslissing "dat de gestelde feiten, voor zoo verre die nà de verzoening zouden hebben plaats gehad, niet zijn bewezen" vaststond dat het bewijs van het bestaan eener nieuwe oorzaak, na de verzoening opgekomen, niet was geleverd, het Hof enkel uit dien hoofde de vordering der eischeresse te regt als onbewezen heeft ontzegd en zich mede te regt heeft onthouden van het onderzoek van feiten welke, als vóór de verzoening zullende zijn voorgevallen, alleen de oude redenen konden betreffen, doch als zoodanig, nu het bewijs van het bestaan der nieuwe, naar de wet vereischte oorzaak niet was geleverd, op de vordering van de eischeresse van geen invloed meer konden zijn;

"O., dat mitsdien het aangevoerde *middel* is ongegrond;

"Verwerpt de voorziening;

"Veroordeelt de eisch$_{sse}$ in de kosten."

N° 1586. — Arrest van 8 Febr. 1878.

(A. 148 B.-R. en 1925 B.-W.)

Zijn door afwijzing van een verzoek tot overlegging van een oorspronkelijk stuk, wanneer dit verzoek, volgens den verzoeker zelven, uitsluitend geschiedde om uitstel voor de conclusie van antwoord te bekomen, de aangehaalde a. geschonden? — NEEN.

Deze voorziening in cassatie is gerigt tegen het arr. van het Geregtshof te Leeuwarden van 3 Oct. 1877.

Bij dagvaarding is daartegen als *middel* van cassatie aangevoerd: schending van a. 148 B.-R. en van a. 1925 B.-W., omdat het arr. van de hand heeft gewezen het incidenteel verzoek van den eischer in cassatie, strekkende dat het Hof gelaste dat de app. gedurende een bekwamen termijn van ten minste 14 dagen ter griffie van het Hof zal nederleggen een origineel exploit van verbod van 3 Mei 1876.

Bij dagvaarding werd tot staving van dit *middel* het volgende aangevoerd:

„A. 148 B.-R. geeft aan partijen het onbepaalde regt van in alle soort van zaken gedurende den loop van het geding wederkeerig te vragen de mededeeling of de overlegging ter griffie van de oorspronkelijke stukken, welke tegen haar worden gebruikt. Dat het stuk waarover dit geschil loopt in het geding tegen den eischer is gebruikt, en een afschrift daarvan aan hem is beteekend, blijkt uit de stukken en wordt door het arr. erkend. Doch het arr. beweert, dat geen partij dergelijk verzoek tot mededeeling of nederlegging ter griffie mag doen, tenzij zij bewere, dat eenig belang den vorm of den inhoud van dat stuk rakende, haar daartoe drijft. Dergelijke voorwaarden kent de wet niet. Bovendien kunnen geene redenen worden opgegeven. Hij die de overlegging van het oorspronkelijke stuk vraagt, kent dat stuk niet, kan er dus niet uit redeneren en moet zich derhalve alleen bepalen tot de vraag tot overlegging of mededeeling, om eerst daarna te beoordeelen of hij ten gevolge van de inzage opmerkingen in het midden zal te brengen hebben. A. 1925 B.-W. staaft die opvatting door gronden aan te geven waarom de overlegging van oorspronkelijke stukken kan gevraagd worden; daaruit blijkt ook overtuigend dat *a priori* geen gronden aan het tot op dat oogenblik aan den verzoeker onbekende stuk, ontleend kunnen en zeker niet behoeven te worden aangewend tot ondersteuning van het gedane verzoek. Nu redeneert het arr. wel, dat de

eischer zegt de mededeeling van het stuk te vragen op den eenigen grond, dat hij langs dien weg een uitstel of een naderen termijn wenscht te erlangen tot het nemen van conclusie van antwoord ten principale, en dat het incidenteel verzoek mitsdien is ten eenenmale ongefundeerd; maar dit is niet juist geredeneerd.

„Indien het toch waar is, dat voor het verzoek geene redenen behoeven te worden aangehaald, omdat eerst na de mededeeling van het stuk kan blijken of er redenen van bezwaar zijn, dan is het onverschillig of door eischer redenen zijn aangevoerd die door het Hof als niets ter zake doende worden aangemerkt. Het Hof had in zijn begrip omtrent die waarde behooren te verklaren dat de aangevoerde redenen geen reden waren om het verzoek aan te dringen, maar had toch het verzoek behooren toe te staan. En dit te meer, omdat de verw., toen app., bij conclusie verklaarde zich niet te verzetten tegen het gedaan verzoek en zich bereid betoonde om het stuk onverwijld ter griffie van den Hove over te leggen.

„De bedoeling van de wet en dus ook van a. 148 B.-R. is, dat alleen een verzoek door den regter mag worden geweigerd, als daarover een strijd tusschen partijen is ontstaan of indien het toestaan van het verzoek volgens de wet niet is geoorloofd. De regter die buiten die gevallen optreedt om partijen te bestrijden, treedt zelf op als partij en handelt daardoor ongetwijfeld tegen de bedoeling der wet.

„Op deze gronden is gedagvaard om bij arr. van den H.-R. te hooren uitspreken de vernietiging van het arr. van het geregtshof te Leeuwarden van 3 Oct. 1877, met zoodanige verdere regeling van het geding als de H.-R. zal goedvinden, en met veroordeeling van den verw. in de kosten van het geding, ook in die betreffende het incident gevallen voor het geregtshof.”

Voor den verw. is geconcludeerd als volgt:

„A. indien het waar mogt zijn, wat door den eischer bij

zijn eenig *middel* van cassatie wordt beweerd, namelijk dat het Hof, door de afwijzing van diens incidenteel verzoek tot overlegging ter griffie van des verw^s^ origineel exploit van 3 Mei 1876, a. 148 B. R. en a. 1925 B.-W. heeft geschonden of verkeerd toegepast, dit voorzeker in geenen deele aan den verw. is te wijten, daar deze laatste (gelijk tusschen partijen is *in confesso* en ook *in factis* bij het beklaagde arr. is beslist), niet alleen des eischers incidenteel verzoek niet heeft tegengesproken, hebbende hij integendeel bij incidentele conclusie van antwoord de overlegging van dat origineel exploit gedurende drie dagen ter griffie dadelijk en vrijwillig toegezegd, onder verklaring dat hij overigens, ten aanzien des eischers incidenteel verzoek, zich refereerde aan 's Hofs prudentie, maar zelfs aan zijne evengenoemde toezegging gevolg heeft gegeven, zooals blijkt uit zijn (des verw^s^) processtuk n° 22, zijnde eene acte van procureur tot procureur, waarbij de verw. den eischers heeft doen aanzeggen, dat meer genoemd origineel exploit van 3 Mei 1876 ter griffie was nedergelegd;

»A. onder die omstandigheden de verw. ten einde eene mogelijke condemnatie in de kosten te ontgaan, te rade is geworden om nu ook des eischers beroep in cassatie niet tegen te spreken;

»Zoo verklaart Mr. J. G. Rochussen, als adv. des verw^s^, dat hij ten aanzien van het door den eischer ingesteld beroep in cassatie, zich geene partij stelt, maar zich ten dien opzigte integendeel gaaf en onvoorwaardelijk refereert aan 's H.-R^s^ beslissing; concluderende voornoemde advocaat alléén dat hem van die verklaring zal worden verleend acte en dat, mogt voormeld beroep in cassatie door den H.-R. gegrond worden verklaard, de kosten in cassatie zullen blijven gereserveerd tot aan de einduitspraak, terwijl die kosten in geval van verwerping van het beroep zullen komen ten laste van den eischer.»

In deze zaak heeft de Adv.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

„Van deze voorziening in cassatie zou kunnen gezegd worden : *point d'intéret, point d'action*.

„De eischer vroeg de nederlegging ter griffie van een *origineel* exploit van verbod; de verw. verklaarde zich bereid om aan dat verzoek te voldoen, en deponeerde het stuk ter griffie. Deze communicatie blijkt uit de stukken, maar is niet vermeld in het arr.; ik maak er slechts melding van om het gemis aan belang, hetwelk de eischer heeft bij deze voorziening, aan te toonen.

„Bij het arr. van 3 Oct. jl. wees het Hof te Leeuwarden het verzoek van de hand, op grond dat de nederlegging eenvoudig was verzocht om uitstel te bekomen en het nemen van conclusie op dien dag door het Hof *peremtoir* was bepaald.

„De eischer in cassatie heeft dus zoowel de communicatie als het uitstel bekomen; zijne voorziening heeft het karakter van een beroep in cassatie in het belang der wet. Het *middel* luidt: schending van a. 148 B.-R., in verband met a. 1925 B.-W. Het Hof overweegt, dat het verzoek in a. 148 bedoeld, naar de *ratio legis* moet steunen op de stelling, dat de verzoekende partij van het stuk *in originali* kennis wenscht te nemen ter zake van eenig belang, den vorm of den inhoud van dat stuk rakende.

„Die beslissing steunt op uwe jurisprudentie. De Raad vergelijke de arr[n] van 15 Oct. 1852 en 17 Dec. 1852 (*N. Rspr.* XLIII, 71 en 298; v. D. HON., *B.-R.* XV, 175 en 285).

„Het eerste arr. is gewezen in strijd met de conclusie van den heer GREGORY, doch in zijne conclusie voorafgaande aan het arr. van 26 Apr. 1861 (*N. Rspr.* LXVII, 459; v. D. HON., *B.-R.* XXV, 197) heeft hij zich met de uitlegging door den H.-R. aan a. 148 gegeven vereenigd.

„Voor die opvatting pleit m. i. het verband, waarin a. 148 staat met a. 1925 B.-W.; de wetgever kan niet hebben bedoeld aan eene der partijen een middel te geven om door incident op

incident het geding noodeloos te rekken. Dit zou het gevolg kunnen zijn van de wijze waarop de eischer a. 148 opvat, want het a. schrijft niet voor dat de communicatie van *al* stukken die gebruikt zullen worden bij ééne conclusie of tegelijk moet worden gevraagd.

»Ik meen den H.-R. te moeten adviseren om te volharden bij zijne jurisprudentie, en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 148 B.-R. en van a. 1925 B.-W., omdat het arr. van de hand heeft gewezen het incidenteel verzoek van den eischer in cassatie, strekkende, dat het Hof gelaste, dat de app. gedurende een bekwamen termijn van ten minste veertien dagen ter griffie van het Hof zal nederleggen een origineel exploit van verbod van 3 Mei 1876;

»O. daaromtrent, dat bij het beklaagde arr. is uitgemaakt dat de proc. van den eischer in cassatie ter teregtzitting van het Hof te Leeuwarden van 3 Oct. 1877, in plaats van in de tusschen partijen in hooger beroep hangende zaak conclusie van antwoord ten principale te nemen, gelijk door het Hof peremtoir was bepaald, de bij het *middel* omschreven incidentele conclusie heeft voorgedragen, en daarbij de communicatie van het bewuste exploit, in uitdrukkelijke bewoordingen, heeft gevraagd op den éénigen grond, dat hij langs dien weg een uitstel of een naderen termijn wilde erlangen tot het nemen van de conclusie ten principale, waarmede hij niet gereed was;

»O., dat mitsdien feitelijk vaststaat, dat het den eischer in cassatie niet te doen was om kennis te nemen van het bedoelde stuk, met het oog op het gebruik dat daarvan in het geding werd gemaakt, en dat het Hof, dit bevindende, het verzoek heeft kunnen afwijzen, zonder de bij het *middel* aangehaalde a. te schenden;

„O. immers omtrent a. 148 B.-R., dat het in den aard der zaak ligt, dat partijen zich van de daarbij toegekende bevoegdheid alleen mogen bedienen met het oog op het belang waaraan het a. bestemd is te gemoet te komen, en het Hof mitsdien te regt, op grond van de *ratio legis* der wetsbepaling, heeft aangenomen, dat hier, waar de kennisneming van het stuk *in originali* werd gevorderd ter bereiking van een oogmerk, geheel vreemd aan de strekking van het a., dat a. niet tot toewijzing van het verzoek behoefde te leiden;

„O., dat de toewijzing evenmin door a. 1925 B.-W. werd geboden;

„O. toch, dat, hoezeer dat a. inhoudt dat de vertooning van het oorspronkelijke stuk steeds kan gevorderd worden, de aanhef der bepaling en de plaats welke zij in het Burg. Wetb. inneemt, ten duidelijkste aantoonen dat zij alleen van toepassing kan zijn met betrekking tot het door partijen te leveren of te ontzenuwen bewijs, zoodat waar, zoo als *in casu*, het verzoek niet met het oog daarop is gedaan, de grond voor de toepasselijkheid van a. 1925 wegvalt;

„O., dat mitsdien het aangevoerde *middel* van cassatie is ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie."

N$_0$ 1587. — Arrest van 15 Febr. 1878.

(Koloniaal appel.)

Wordt, om aanspraak te hebben op de premiën die van regeringswege zijn uitgeloofd voor den aanvoer uit Europa voor vrije arbeiders in de kolonie Suriname, bij getallen van minder dan 20, vereischt, dat bij aankomst te Paramaribo aan den agent-generaal ter hand gesteld zij de

staat, *vermeld bij a.* 75, *al.* 2, *van het Kon. besluit van* 22 *Mrt.* 1872 (Gouv.-Blad n. 8)? — JA. (*)

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen: .

„Ik meen als ten deze vaststaande te mogen aannemen, dat door de geint[n] uit Nederland in Suriname zijn aangevoerd Europesche (Nederlandsche) immigranten, alle mannen tusschen 16 en 40 jaren, in getallen van minder dan 20, met andere dan eigenlijke-immigranten schepen, bestemd voor verschillende plantages; dat die immigranten te Amsterdam overeenkomsten hadden gesloten om in de kolonie veld- en fabriekarbeid te verrigten, met een persoon die niet voorzien was van eene acte van bekendheid en toelating, als bedoeld bij a. 75, al. 4, van het Kon. besluit van 22 Mrt. 1872, n° 27 (*Gouv.-blad van Suriname* n. 8); dat zij echter bij hunne aankomst te Paramaribo ten overstaan van den agent-generaal aldaar, nieuwe overeenkomsten hebben aangegaan, waarbij zij zich voor drie en vijf jaren voor den veld- en fabriekarbeid op bedoelde plantages hebben verbonden, welke overeenkomsten voldoen aan de voorschriften bij a. 6 en 7 van gemeld Kon. besluit vastgesteld.

„Zich daarop grondende dat deze personen dus voldeden aan de definitie bij a. 1 van het Kon. besluit van 19 Mrt. 1863, n° 17 (*Gouv.-blad* n° 12) aan emigranten gegeven, hebben de geint[n] zich, doch te vergeefs, tot het koloniaal gouvernement gewend, om uitbetaling der bij het Kon. besluit van 19 Sept. 1870, n° 19 (*Gouv.-blad* n° 10) voor dergelijken aanvoer vastgestelde premie.

„De reden van de weigering was deze, dat aan de voorwaarden tot het erlangen der premie niet ten volle was voldaan.

„A. 5 nl. van de Verordening op het uitloven van premien op den aanvoer van vrije arbeiders (bijlage van het Kon. besluit

(*) Denzelfden dag is in een soortgelijke zaak eensluidend arr. gewezen.

van 19 Mrt. 1863 voormeld) zegt: „Wanneer is voldaan aan „de bepalingen der verordening betreffende den aanvoer van „emigranten, vastgesteld bij Ons besluit van 19 Mrt. 1863, „n° 71, wordt op eene declaratie„ enz., „aan den aanvoerder „de premie voldaan met een af te geven mandaat.„

„Bedoeld besluit van 19 Mrt. 1863 is gewijzigd bij het besluit van 22 Mrt. 1872, reeds vermeld, en bij a. 75 van het laatstgemelde is de invoer van immigranten uit Europa in getallen van minder dan 20 met andere dan eigenlijke emigranten-schepen zeer vereenvoudigd en aan oneindig minder voorschriften gebonden, dan die van gewone immigranten. Echter wordt bij al. 2 van dit a. aan den schipper of aanvoerder van dergelijke personen te Paramaribo de verpligting opgelegd om aan den agent-generaal ter hand te stellen een staat, ingerigt als die bedoeld bij § 3 van a. 8 van het Kon. besluit van 19 Mrt. 1863, n° 71. Dergelijke staat is, zegt men, niet overgelegd, en dus kan, bij het ontbreken van voldoening aan dat voorschrift, de premie niet volgen. Het Hof van Justitie heeft het Gouvernement in het ongelijk gesteld, en bij de behandeling van het ingestelde appel doet zich in de eerste plaats de vraag voor, welk stuk in a. 75, al. 2, wordt bedoeld.

„Met het Hof kan ik instemmen, dat terwijl a. 8, § 3, van het besluit van 1863 spreekt: 1° van een staat, 2° van eene verklaring, 3° van een certificaat, 4° van een bewijsstuk, a. 75, al. 2, ofschoon *algemeen* verwijzende naar a. 8, § 3, door alleen *een staat* te noemen, het sub 1 vermelde document enkel heeft bedoeld.

„Het is mogelijk wat door de geintn wordt beweerd, dat door een *lapsus calami* in al. 2 van a. 75 wordt vermeld a. 8, § 3, van het besluit van 1863 in plaats van a. 10 van het besluit van 1872, waarvan het gevolg zoude zijn, dat in den staat geene opgave omtrent het zedelijk gedrag van de immigranten behoefde vervat te zijn, de wijze van uitlegging

is mij echter een weinig te vrij om nu het laatste a. in plaats van het eerste te lezen; evenmin durf ik de voorgeschreven verpligting om melding te maken van het zedelijk gedrag als vervallen te beschouwen, omdat die onbillijk en niet overeenkomstig de overige bepalingen van het besluit van 1872 schijnt.

„Het allerminst kan ik echter aannemen, dat nu a. 75, al. 2, spreekt van een staat, *ingerigt als die* bedoeld bij a. 8, al. 3 van het besluit van 1863 en niet van een staat *als die bedoeld* bij gemeld a. 8, § 3, iedere staat die gelijkt op die van gemelde bepaling, door wien ook opgemaakt, voldoende zoude zijn. Indien er al eenig verschil van bedoeling bij de gemelde uitdrukkingen kan bestaan, zeker zal de aard van den staat deze moeten blijven, dat het is eene authentieke acte, een stuk zooals a. 8, al. 3, het voorschrijft, door of ten overstaan van de bevoegde autoriteit opgemaakt.

„En nu is dit zeker, dat niet blijkt dat aan den agent-generaal een door of ten overstaan van de bevoegde autoriteit opgemaakte staat is ter hand gesteld.

„Dit wordt dan ook eigenlijk volstrekt niet door de geint. beweerd, maar slechts dat uit den staat sub n° 10 in eersten aanleg overgelegd zoude volgen, dat de schipper zoodanige stukken heeft te voorschijn gebragt, dat daaruit de agent-generaal een zoodanig document heeft kunnen formeren.

„Daargelaten dat in den bedoelden staat geene melding wordt gemaakt van het zedelijk gedrag der aangevoerde personen, kan voorzeker dat stuk, opgemaakt nà aankomst van de immigranten, niet vervangen den in a. 8, n° 3, bedoelden staat, en volgt daaruit ook volstrekt niet, dat dusdanige staat heeft bestaan. (*)

(*) Dat de staten sub ns 9 en 10 overgelegd in de procedure ca R. K. op geenerlei authenticiteit kunnen aanspraak maken zal wel geen betoog behoeven.

»Hangt dus de uitbetaling van de premie af van de voldoening aan het tweede lid van a. 75, dan hebben de geint^{n} m. i. geen aanspraak op de premie.

»Dit nu ontkent het vonnis *a quo* en ontkennen de geint^{n}. Het vonnis is van oordeel, dat, welke ook de bedoeling van den wetgever moge geweest zijn met het vorderen van de ter hand stelling van een staat, ingerigt als die bedoeld bij a. 8, § 3, en welke de gevolgen van de niet-voldoening daaraan ook mogen zijn, uit de 4^{e} al. van a. 75 meergemeld duidelijk volgt, dat hij de aanspraak op de voor den aanvoer van vrije arbeiders uitgeloofde premie niet heeft willen afhankelijk stellen van de ter handstelling van dien staat, zoodat de aanspraak verbeurd zoude zijn door de niet-voldoening aan dat voorschrift; dat toch in die vierde al. wordt bepaald dat de, in getallen van minder dan 20 o. a. uit Europa aangevoerde vrije arbeiders overigens in den zin van de immigranten-verordeningen als immigranten beschouwd worden, onder anderen in het geval dat eene nieuwe overeenkomst ten overstaan van den agent-generaal te Paramaribo is aangegaan, zooals hier het geval is; — deze bepaling, zegt het vonnis, is absoluut en algemeen, zonder uitzondering van eenige immigratie-verordening hoegenaamd en dus ook niet van die van 1868 betreffende het uitloven van premien.

»Ik kan dit gewigt niet aan die al. hechten. Zeker volgt daaruit, dat de thans aangevoerde arbeiders als immigranten beschouwd worden en als zoodanig de bescherming van het Gouvernement genieten, maar de vraag is, of voor den aanvoer van die immigranten premien verschuldigd zijn, en daarover zegt de al. m. i. niets. En nu moge nergens uitdrukkelijk op het niet-nakomen van een of ander voorschrift bij den aanvoer de straf van *het verbeuren* van de premie zijn bepaald, dit staat toch vast, dat a. 5 van de Verordening betreffende den aanvoer van immigranten van 1863 voorschrijft, dat de premie den aan-

voerder wordt betaald, *wanneer is voldaan* aan de bepalingen der verordening, betreffende den aanvoer van immigranten, en deze duidelijke woorden laten m. i. niet toe, met de geintn aan te nemen dat daar alleen sprake is *van den tijd* der betaling. Die tijd hangt dan toch geheel te zamen met het vervullen der voorschriften, de termijn verschijnt niet als niet aan de bepalingen is voldaan. Mij dunkt, als alleen de tijd van betaling bedoeld was, zou de wetgever zich anders hebben uitgedrukt, en b. v. hebben gezegd, dat de premie zoude betaald worden dadelijk na de ontscheping of na de overbrenging van de immigranten naar de plaats, alwaar zij zullen werkzaam zijn (zie a. 15 Kon. besl. van 1863). En nu moet toch, geloof ik, niet uit het oog verloren worden, dat, blijkens de verordeningen op de uitlowing van premien, voor de bepaling van de verschuldigdheid en de hoegrootheid der premie minstens moet vaststaan de herkomst en de ouderdom van de aangevoerde arbeiders, omdat naar gelang daarvan de premie is bepaald, zonder nu er op aan te dringen dat ook bewijzen van gezondheid en zedelijk gedrag (zie a. 2 der Verordening van 1863) zouden kunnen gevorderd worden.

»Het is nu mogelijk, dat in dit bijzonder geval die bewijzen van herkomst en leeftijd op andere wijze hebben kunnen geleverd worden, de meest gewone weg zal toch wel zijn, dat daarvan blijke door authentieke verklaringen afgegeven door de autoriteiten op de plaats der woning en inscheping. En is het nu niet natuurlijk, dat de wetgever dergelijk authentiek stuk als *conditio sine qua non* bij de uitbetaling der premie vordert? Lijsten daaromtrent opgemaakt door schipper of aanvoerder, geven natuurlijk dienaangaande geenerlei waarborg. Uit dit oogpunt beschouwd, is er een naauw verband tusschen den staat in a. 75, al. 2, bedoeld en de aanspraak op de premie.

»Eindelijk geef ik toe wat namens de geintn is opgemerkt, dat bij a. 76 van het Kon. besluit van 1872, op de overtre-

ding van verschillende verpligtingen aan den schipper en den aanvoerder opgelegd, straffen zijn bedreigd; dit neemt niet weg dat die straffen kunnen zamengaan met het verlies van aanspraak op de premie.

„Ik acht mij derhalve verpligt te concluderen tot vernietiging van het vonnis door het Hof van Justitie in de kolonie Suriname in deze zaak gewezen, en dat de H.-R., op nieuw regtdoende, de oorspronkelijke eischers, nu geintn, hun eisch zal ontzeggen, met veroordeeling in de kosten van beide instantien.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat tusschen partijen vaststaat dat in 1873 voor de geintn, met andere dan emigranten-schepen, en bij getallen van minder dan 20, uit Nederland in Suriname zijn aangevoerd te zamen 27 immigranten, allen mannen tusschen de 16 en 40 jaren; dat die immigranten te Amsterdam werkovereenkomsten hadden gesloten met iemand, die niet voorzien was van eene acte van bekendheid en toelating als bedoeld bij a. 75, al. 4, 1o, van het Kon. besl. van 22 Maart 1872, no 27 (*Gouv.-blad van Suriname* no 8); dat zij echter, na hunne aankomst te Paramaribo, ten overstaan van den agent-generaal aldaar, nieuwe overeenkomsten hebben aangegaan, waarbij zij zich voor 3 en 5 jaren voor den veldarbeid op verschillende plantages hebben verbonden, welke overeenkomsten voldoen aan de voorschriften van de a. 6 en 7 van voormeld besluit;

„O., dat de geintn, oorspronkelijke eischers, bewerende, wegens dien aanvoer, volgens de bepalingen op het toekennen van premien op den aanvoer van vrije arbeiders als immigranten in Suriname, tot het bekomen van premien te zijn geregtigd, in eersten aanleg van den app., toen gedaagde, hebben gevorderd eene som van *f* 1495 als gezamenlijk bedrag dier premien, overeenkomstig het Kon. besl. van 19 Sept. 1870, no 19 (*Gouv. blad* no 10), welke vordering van zijde van

den gedaagde is bestreden op grond, dat volgens a. 5 der Verordening op den aanvoer van vrije arbeiders (Bijlage van het Kon. besl. van 19 Mrt. 1863, nº 71, *Gouv.-blad* nº 12), de premie alleen wordt uitgereikt, wanneer voldaan is aan de bepalingen van dat besluit, gewijzigd bij Kon. besl. van 22 Mrt. 1872, nº 27, mitsdien volgens a. 75, al. 2, van dit laatstgemelde, wanneer de schipper of aanvoerder, bij aankomst van dergelijke personen te Paramaribo, aan den agent-generaal heeft ter hand gesteld een staat, ingerigt als die bedoeld bij a. 8, § 3, van het Kon. besl. van 19 Mrt. 1863, nº 71; dat de eischers echter in gebreke zijn gebleven dien staat over te leggen en hun derhalve bij de niet-voldoening aan dat voorschrift de premie niet kan volgen;

»O., dat de vordering der eischers niettemin bij vonnis van het Hof van Justitie in Suriname van 12 Mei 1876 is toegewezen; dat die uitspraak in hoofdzaak daarop berust, dat, met het oog op de bij het Kon. besl. van 1872 bedoelde vereenvoudiging van formaliteiten voor den aanvoer van immigranten, onder anderen uit Europa, bij getallen van minder dan twintig, uit de vergelijking van a. 75, al. 2, met a. 10 van dat besluit, en a. 8, § 3, van dat van 1863 volgt, wat door eene vergelijking van de besluiten van 20 Aug. 1875 (*Gouv.-blad* nº 18) en 17 Febr. 1876 (*Gouv.-blad* nº 2), met dat van 1863 wordt bevestigd, dat het eenig doel der bij a. 75 voormeld gevorderde terhandstelling van den daarbij vermelden staat is, de autoriteit in de gelegenheid te stellen tot het instellen van het onderzoek dat bij al. 3 van dat a. is voorgeschreven, niet om waarborgen te hebben, onder anderen omtrent het zedelijk gedrag der immigranten; dat echter, wat ook met de terhandstelling van dien staat zij bedoeld, uit de 4e al. van hetzelfde a. volgt dat de wetgever de aanspraak op de premie voor den aanvoer daarvan niet afhankelijk heeft willen stellen, omdat zij, door wie aan het daarbij bepaalde

is voldaan, als immigranten worden beschouwd; dat deze bepaling is absoluut, zonder uitzondering van eenige immigratie-verordening, dus ook van die van 1863, uitgebreid bij die van 1870 (*Gouv.-blad* n° 10), en de wetgever alzoo de premie heeft willen toekennen bij eenen aanvoer van arbeiders als waarvan hier spraak is, wanneer slechts door dezen overeenkomsten worden gesloten, voldoende aan de a. 6 en 7 van meergenoemd besluit van 1872 en voor minstens drie jaren, wat ten deze is geschied;

„O., dat de oorspronkelijke gedaagde, thans app., van dit vonnis in hooger beroep is gekomen, en dat voor dezen Raad, na wisseling van memorien, is geconcludeerd, door den app., tot vernietiging van het gewezen vonnis, en dat aan de oorspronkelijke eischers hun eisch en conclusie alsnog zullen worden ontzegd, of zij daarin zullen worden verklaard niet-ontvankelijk, met veroordeeling in de kosten van beide instantien, en door de geintn, tot bevestiging van het voormelde vonnis, met veroordeeling van den app. in de kosten van het hooger beroep, waarna de zaak ter openbare teregtzitting is bepleit;

„Wat *het regt* betreft:

„O., dat tegen 's Hofs uitspraak door den app. in hooger beroep in substantie dezelfde gronden zijn aangevoerd, welke hij in eersten aanleg tegen de ingestelde vordering deed gelden, en dat, naar aanleiding der beweringen van partijen ook in hooger beroep, de hoofdvraag tusschen partijen is, of, volgens de bestaande verordeningen, bij eenen aanvoer van vrije arbeiders, bij getallen van minder dan 20, uit Europa in de kolonie Suriname, als in deze is geschied, om aanspraak te hebben op de premien die van regeringswege zijn uitgeloofd voor den aanvoer van arbeiders in de kolonie, al dan niet wordt vereischt, dat bij de aankomst te Paramaribo aan den agent-generaal ter hand gesteld zij de staat, die vermeld is bij a. 75, al. 2, van het Kon. besl. van 22 Mrt. 1872, n° 27 (*Gouv.-blad* n° 8);

„O. dienaangaande, dat bij de beantwoording dier vraag buiten aanmerking blijven de Kon. besl^n van 20 Aug. 1875 en 17 Febr. 1876, als welke beide zijn van latere dagteekening dan de ingestelde vordering en de uitreiking van premien betreffen in een bijzonder, hier niet aanwezig geval, maar enkel te letten valt op de mede bij het vonnis aangehaalde Kon. besl$_n$ van 19 Mrt. 1863, n° 71 (*Gouv.-blad* n$_o$ 12) en van 22 Mrt. 1872, n° 27 (*Gouv.-blad* n° 8);

„O. nu, dat de verordening „op het uitloven van premien „op den aanvoer van vrije arbeiders in Suriname,” behoorende bij het besluit van 19 Mrt. 1863, in a. 5 zegt:

„Wanneer is voldaan aan de bepalingen der verordening be- „treffende den aanvoer van emigranten, vastgesteld bij ons „besluit van 19 Mrt. 1863 n$_0$ 71, wordt op eene declaratie,” ..... „aan den aanvoerder de premie voldaan enz.;”

„dat dit besluit bij een later Kon. besl. van 22 Mrt. 1872 n° 27 (*Gouv.-blad* n° 8), zoo als het opschrift aangeeft, is gewijzigd en aangevuld, en dat a. 75 van het laatstgemelde, na vermelding, dat de voorschriften van de op het stuk van immigratie bestaande verordeningen, voor zooveel betreft de werving, aanneming, inscheping en al wat verder betrekking heeft op den aanvoer van immigranten, niet van toepassing zijn op vrije arbeiders, die in getallen van minder dan 20, met andere dan eigenlijke emigranten-schepen worden aangevoerd, onder anderen uit Europa, in zijne *tweede* al. bepaalt:

„Bij aankomst van dergelijke personen zal de schipper of „aanvoerder te Paramaribo aan den agent-generaal” ..... „een „staat ter hand stellen, ingerigt als die bedoeld bij § 3 van „a. 8 van Ons besluit van 19 Mrt. 1863, n° 71;”

„O. dat de voormelde § 3 van a. 8, aanvangende met de woorden: „De schipper doet bij de inscheping der emigranten „door of ten overstaan van de bevoegde autoriteit *in duplo* „opmaken,” daarop sub n° 1 het volgende bevat: „Een staat

„vermeldende de namen, voornamen, het geslacht, den ouder-„dom, het beroep, de godsdienst, het zedelijk gedrag en de „laatste woonplaats van iederen emigrant, met aanduiding van „de hoofden der huisgezinnen, indien de verhuring familiesgewijze heeft plaats gehad;"

„O. ten aanzien dier bepalingen, dat niet met den eersten regter mag worden aangenomen, dat bij de a. 75, al. 2, van het Kon. besl. van 22 Mrt. 1872, nº 27, voorgeschrevene terhandstelling van den daarbij vermelden staat eeniglijk ten doel zoude hebben, de autoriteiten in staat te stellen tot het onderzoek dat in de volgende al. van het a. wordt bedoeld, en datgene betreft, wat het onderwerp uitmaakt van de a. 12 en 13 van het Kon. besl.;

„O. toch, dat, wel is waar, bij a. 75 de bij den aanvoer van vrije arbeiders als immigranten in acht te nemen vormen, voor gevallen als de hier bestaande zeer zijn vereenvoudigd, maar dat hieruit op zich zelf geenszins valt af te leiden, dat het voorschrift, dat in de 2e al. van dat a. vervat is, eene zoo bepaalde en beperkte strekking zou hebben als door het Hof wordt bedoeld, terwijl die beschouwing evenmin daarop kan worden gegrond, dat volgens a. 10 van dat besluit ingeval van een *gewonen* aanvoer van arbeiders als immigranten in den hiervoor op te maken staat, geen vermelding van het *zedelijk* gedrag wordt vereischt, en zulks, niet alleen, omdat die bepaling het onderwerpelijk geval niet betreft, maar ook omdat in het daarbij zich voordoend geval *in dit opzigt*, in het toezigt der overheid op de werving en aanneming van arbeiders, waarborgen kunnen zijn gelegen die bij eenen aanvoer als waarvan hier de rede is ontbreken, zoodat geenszins vaststaat wat het Hof vermeent, dat, bij eene strikte opvatting van het voorschrift, in strijd met de bedoeling des wetgevers, in het laatste geval meer zou worden gevorderd dan in het eerste;

„O., dat die beperkte opvatting integendeel door de woorden

zelve van het voorschrift niet wordt geregtvaardigd, en er geene reden is, waarom al. 2 van voornoemd a. 75 niet, zoo als hare bewoordingen medebrengen, zou beschouwd worden als een stellig voorschrift, dat als zoodanig bij den aanvoer van vrije arbeiders, in gevallen als het onderwerpelijke, steeds moet nageleefd worden;

»O., dat het tegendeel niet, zoo als de geintn beweren, daaruit kan volgen, dat bij het volgend a. 76 op de overtreding van verschillende verpligtingen aan den schipper of aanvoerder opgelegd, straffen bedreigd zijn, vermits die straffen op zich zelve, ook al golden zij een verzuim of overtreding als waarvan hier sprake, zeer wel kunnen zamengaan met een verlies van aanspraak op de premie op grond dierzelfde overtreding;

»O., dat niet minder ten onregte door den eersten regter is aangenomen, dat eene uitzondering op het voorschrift van a. 75, al. 2, en het daarbij bepaalde in de *vierde al.* van datzelfde a. zou zijn gelegen, volgens welke al., aangevoerde vrije arbeiders, als waarvan hier de rede is, »overigens, in den »zin der emigratie-verordeningen als immigranten beschouwd »worden,« onder anderen als door hen, in voege sub 3o vermeld, eene nieuwe overeenkomst ten overstaan van den agent-generaal te Paramaribo is aangegaan, voldoende aan de a. 6 en 7 van het besluit, zoo als plaats gehad heeft;

»O. toch, dat gemelde 4e al. door de uitdrukking, dat zij *overigens* als immigranten worden beschouwd, veeleer te kennen geeft dat die personen, *behoudens* hetgeen in de 2e en 3e al. te hunnen aanzien reeds was bepaald, als immigranten beschouwd zullen worden, maar dat ware het ook, dat zij enkel uit krachte van het aangaan van nieuwe overeenkomsten als sub 3o der al. bedoeld, in den zin der verordeningen als *immigranten* beschouwd moeten worden, hiervan wel het gevolg zoude zijn, dat zij dan als zoodanig de bescherming der regering kunnen genieten, maar daaruit op zich zelf nog in geen geval

zoude volgen, dat het voorschrift van al. 2 van het a., met de beteekenis die daaraan voor het bekomen der premie van aanvoer is te hechten, met betrekking tot deze personen zou zijn opgeheven of vervallen;

»O., dat alzoo moet worden aangenomen, dat de stellige bepaling van a. 75, al. 2, bij eenen aanvoer van vrije arbeiders, als hier heeft plaats gehad, van toepassing is, en dat al wat hiertegen is aangevoerd is ongegrond;

»O., dat dit aangenomen zijnde, de hiervoren opgenomen bepalingen van a. 5 der verordening, behoorende bij het Kon. besl. van 19 Mrt. 1863, en a. 75, al. 2, van dat van 22 Mrt. 1872, in haar onderling en noodzakelijk verband, tot geene andere gevolgtrekking leiden dan deze: dat de wetgever de uitreiking der bij eerstgemeld, en later uitgebreid besluit voor den aanvoer van vrije arbeiders in de kolonie Suriname uitgeloofde premien, onder anderen bepaaldelijk ook aan deze voorwaarde heeft verbonden, dat door den schipper of aanvoerder zij voldaan aan het bepaalde bij a. 75, al. 2, van laatstgemeld besluit, door ter hand stelling van den daarbij vermelden staat;

»O., dat mitsdien overblijft de vraag, of bij den onderwerpelijken aanvoer zoodanige staat door den schipper of aanvoerder aan den agent-generaal te Paramaribo ter hand is gesteld;

»O. daaromtrent, dat die ter hand stelling van zijde van den app. steeds is ontkend, en dat van zijde van de geintn niet is beweerd, wat ook bij het vonnis *a quo* niet is aangenomen, dat die ter hand stelling wèl zou zijn geschied, maar alleen, dat uit eenen staat, welke hunnerzijds in eersten aanleg sub n° 11 der stukken is overgelegd, zoude blijken, dat de schipper aan den voornoemden agent zoodanige opgaven heeft doen toekomen, waaruit dat document door dien ambtenaar geformeerd konde worden;

»O. echter, dat, wat hiervan ook zijn moge, het duidelijk is dat het overgelegde stuk, of de opgaven, waarvan daaruit

zou blijken, nimmer kon vervangen den staat, welke, volgens de bepaling van a. 75, moet zijn ingerigt als die bedoeld bij § 3 van a. 8 van het Kon. besl. van 19 Mrt. 1863;

»O. toch, dat niet alleen dat stuk, onder anderen, met betrekking tot het zedelijk gedrag en de laatste woonplaats der aangevoerden, de opgaven niet bevat, welke de staat volgens § 3 van a. 1 moet behelzen, maar dat het, als eerst nà de aankomst en naar opgaven van den schipper vervaardigd, in geen geval ook de waarborgen oplevert, welke die bepaling moet geacht worden te vorderen, daarin bestaande, dat de staat *ter plaatse van de inscheping zij opgemaakt door de bevoegde autoriteit*, hoedanige waarborg opzigtens de waarheid van hetgeen in den staat wordt vermeld, ook volstrekt onmisbaar is voor het Gouvernement, omdat naar die opgaven, bepaaldelijk omtrent de herkomst en den ouderdom der personen, volgens de verordeningen, zoowel de verschuldigdheid als de hoegrootheid der premie moet worden beoordeeld, en omtrent een en ander dus volkomen zekerheid moet bestaan;

»O. trouwens, dat het vereischte om van de opgaven, die de over te leggen staat moet bevatten, te doen blijken door stukken afkomstig *van de bevoegde autoriteit*, ook stellig de bedoeling van den wetgever is geweest, vermits de derde al. van a. 75 van het Kon. besl. van 22 Mrt. 1872 voorschrijft, dat de ambtenaren zullen handelen overeenkomstig a. 13 van hetzelfde besluit, en zij, volgens dat a., behalve de door den schipper te verstrekken opgaven, en ter vergelijking daarmede, hebben in te vorderen eene expeditie van het bedoelde »oor-»spronkelijke stuk of een authentiek afschrift daarvan;»

»O., dat de geintn mitsdien niet kunnen geacht worden den bij a. 75, al. 2, van het Kon. besl. van 22 Mrt. 1872, n° 27, gevordenden staat te hebben ter hand gesteld; dat zij bij gebreke hiervan aan de voor de uitreiking van premien voor den aanvoer van vrije arbeiders in het onderwerpelijk geval gestelde

voorwaarden niet hebben voldaan, en dat, onder deze omstandigheden, de vordering die zij hebben ingesteld, bij het vonnis *a quo* ten onregte is toegewezen;

„O., dat de app. derhalve te regt in hooger beroep is gekomen, en dat vonnis moet worden vernietigd;

„Regtdoende in hooger beroep:

„Doet te niet het vonnis door het Hof van Justitie in Suriname, 12 Mei 1876 tusschen partijen gewezen;

„En op nieuw regtdoende:

„Ontzegt aan de geintn hunnen in eersten aanleg genomen eisch en conclusie;

„Veroordeelt hen in de kosten van beide instantien."

N° 1588. — Arrest van 15 Febr. 1878.

(A. 438 B.-W.; a. 126 en 345 v. B.-R.)

Is de afzetting van den voogd in casu *te regt bij request aangevraagd en door den regter* a quo *in Raadkamer behandeld?* — Ja.

Maakt de afzetting van den voogd hem rekenpligtig, maar komt de procedure bij a. 438 *B.-W. en bij a.* 126 *B.-R. voorgeschreven eerst te pas, wanneer de afgezette voogd nalatig mogt blijven om rekening te doen?* — Ja.

Wordt hem, die van eene beschikking op request in hooger beroep komt, de verpligting opgelegd, dat hooger beroep te doen beteekenen? — Neen.

Is een herhaald verhoor in hooger beroep van den voogd wiens afzetting gevraagd wordt, voorgeschreven noch noodig, wanneer de hoogere regter zich, gelijk in casu, *door het proces-verbaal van het in eersten aanleg plaats gehad hebbend verhoor genoegzaam voorgelicht acht?* — Ja.

Kan door het Hof zonder verhoor worden beslist over de afzetting van den voogd, wie in het ongelijk behoort te worden gesteld en dus ook, wie in de kosten moet worden veroordeeld? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Smits, in deze zaak de volgende conclusie genomen:

»De Proc.-G. bij den H.-R. der Ned.,

»Gezien het vorenstaand request met de bijlagen;

»O., dat tegen de beschikking in Raadkamer van het Geregtshof te Leeuwarden als *eerste cassatie-middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 430, 438, 439 en 440 B.-W. j[is] a. 771 en 126 B.-R., doordien het Hof op request en in Raadkamer heeft behandeld eene zaak, welke niet van dien aard was om op die wijze te worden behandeld;

»O., dat dit *middel* in strijd is met de op goede gronden vrij algemeen aangenomen jurisprudentie (*Nederl. Pasicrisie*, voce *Voogdij*, n[os] 57, 58 en 59, en vervolg n[o] 210), en meer bepaald met het arr. van den H.-R. dd. 1 Sept. 1864 (*Ned. Regtspr.* LXXVII, 359), waaraan dezerzijds wordt gerefereerd; — dat, wat bovendien betreft de aangehaalde a. B.-R., de afzetting den gewezen voogd *rekenpligtig maakt*, en de wijze van procederen, voorgeschreven bij a. 771, eerst te pas zou komen indien de gewezen voogd *nalatig* bleef;

»O., dat het *tweede cassatie-middel* bestaat in: schending en verkeerde toepassing van a. 345 B.-R. j[is] a. 347 (*analogie*), 348 al. 5, en 353 *eodem*, voorts van a. 438 B.-W. en a. 56 B.-R., door te beschikken op een hooger beroep, dat den requestrant niet was beteekend, zonder hem te hooren, en hem in de kosten te veroordeelen, als in het ongelijk gesteld, zonder dat hij in de gelegenheid was om aan te toonen, dat hij gelijk had;

»O., wat betreft a. 345 B.-R., dat daarin wel sprake is van beteekening der *beschikking* maar geen voorschrift gevonden wordt omtrent de beteekening van het *hooger beroep;* wat betreft de *analogie* van a. 347, dat schending van de *analogie* van een wetsvoorschrift geen grond tot cassatie oplevert; wat betreft a. 348, al. 5, dat hier geen sprake is van een gewoon contradictoir geding; wat betreft a. 353, dat het *hooren van partijen* in dit a. vermeld, ziet op het *hooren op* VRAAGPUNTEN, niet op een geval als het onderwerpelijke; wat betreft a. 438

B.-W., dat de regtb., alvorens uitspraak te doen, den voogd heeft gehoord; dat een herhaald verhoor in hooger beroep niet is voorgeschreven, en ook onnoodig indien de hoogere regter door de inlichtingen in eersten aanleg, blijkens het proces-verbaal van zijn verhoor, door den voogd gegeven, genoegzaam is ingelicht om te beslissen; eindelijk wat betreft a. 56 B.-R., dat ook zonder nader verhoor het Hof omtrent het *ongelijk* van den voogd kon beslissen;

„O., dat bij het *derde middel* wordt geklaagd over: schending en verkeerde toepassing der a. 429 en 430 B.-W., doordien het Hof heeft aangenomen, dat een voogd moet worden geacht weigerachtig te zijn en derhalve behoort te worden afgezet, zoodra slechts blijkt, dat hij *in mora* is gesteld en zijne onschuld niet bewijst;

„O. te dien opzigte, dat het Hof niet alleen op grond dat de voogd *in mora* is gesteld, en volstrekt niet omdat hij zijne onschuld niet bewijst, maar op grond van verscheidene in de beschikking vermelde omstandigheden uitmaakt, dat hij ten tijde van het verzoek tot ontzetting moet beschouwd worden *weigerachtig* te zijn geweest; — en dat op deze feitelijke beslissing het *middel* afstuit;

„O., dat dus geen der *middelen* is gegrond;

„Concludeert tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den requestrant in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. (*In Raadkamer* vergaderd);

„Gezien bovengemeld verzoekschrift, benevens de daarbij overgelegde stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 430, 438, 439 en 440 B.-W. j° a. 771 en 126 B.-R., doordien het Hof op request en in Raadkamer heeft behandeld eene zaak, welke niet van dien aard was, om op die wijze te worden behandeld;

„O., dat volgens a. 438 B.-W. de afzetting van een voogd,

behoudens hooger beroep, geschiedt door de arr.-regtb. *op verzoek* van den toezienden voogd, van een der bloedverwanten of aangehuwden, en zelfs *op aanvrage* van het O.-M., onder de verpligting om den voogd en, zoo deze de afzetting niet zelf heeft verzocht, ook den toezienden voogd te *hooren*;

„O., dat, mitsdien de afzetting van een voogd geschiedt op *verzoek* of *aanvrage*, en niet naar aanleiding eener dagvaarding in een geding op tegenspraak, vermits het in dat geval geheel onnoodig zoude zijn geweest aan de regtb. de verpligting op te leggen om den voogd te hooren, die, als bij dagvaarding in het geding geroepen, volgens de gewone wijze van procederen, op den gedanen eisch zoude kunnen antwoorden;

„O., dat de afzetting van den voogd mitsdien *in casu* te regt bij request is gevraagd en de regter *a quo* door de behandeling dezer zaak in Raadkamer noch de a. 430, 438, 439 en 440 B.-W., noch a. 126 B.-R. heeft geschonden of verkeerd heeft toegepast;

„O. ten aanzien van de beweerde schending van a. 771, dat de afzetting van den voogd hem rekenpligtig maakt en hij naar a. 488, laatste lid, moet veroordeeld worden, in voege bij het bestreden arrest is geschied, en de procedure bij gemeld a. en a. 126 B.-R. voorgeschreven eerst te pas komt, wanneer de afgezette voogd nalatig mogt blijven om rekening te doen;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 345 B.-R. j. a. 347 (*analogie*) 348, al. 5, en a. 353 *eodem*, voorts van a. 438 B.-W. en a. 56 B.-R., door te beschikken op een hooger beroep, dat den requestrant niet was beteekend zonder hem te hooren en hem in de kosten te veroordeelen als in het ongelijk gesteld, zonder dat hij in de gelegenheid was om aan te toonen, dat hij gelijk had;

„O., dat dit *middel* mitsdien berust op drie beweringen: 1° dat het hooger beroep aan den nu eischer in cassatie had moeten worden beteekend; 2° dat hij daarop had moeten worden

gehoord; en 3o dat hij in de kosten is veroordeeld, als in het ongelijk gesteld, zonder dat hij in de gelegenheid is gesteld om aan te toonen, dat hij gelijk had;

„O. wat de eerste bewering aangaat, dat noch in a. 345, waar alléén sprake is van de beteekening der *beschikking*, niet van de beteekening van het *hooger beroep*, noch in a. 347 of 348, al. 5, welke alleen op de gewone procedure en niet op die bij request toepasselijk zijn, noch in a. 353, waarin alleen van het hooren van partijen in den zin van verhoor op vraagpunten sprake is, aan hem, die van eene beschikking op request in hooger beroep komt, de verpligting wordt opgelegd, dat hooger beroep te doen beteekenen, zoodat deze bewering is ongegrond;

„O. wat de tweede bewering aangaat, dat wel bij a. 438 aan de regtb. de verpligting wordt opgelegd om den voogd, wiens afzetting gevraagd wordt te hooren, maar dat een herhaald verhoor in hooger beroep niet is voorgeschreven en niet noodig, wanneer de hoogere regter zich, gelijk *in casu*, door het proces-verbaal van het in eersten aanleg plaats gehad hebbend verhoor genoegzaam voorgelicht acht;

„O. ten aanzien der derde bewering, dat ook zonder verhoor door het Hof kon worden beslist, wie in het ongelijk behoort te worden gesteld, en dus ook wie in de kosten moet worden veroordeeld;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 429 en 430 B.-W.; doordien het Hof heeft aangenomen, dat een voogd moet worden geacht weigerachtig te zijn en derhalve behoort te worden afgezet, zoodra slechts blijkt, dat hij *in mora* is gesteld en zijne onschuld niet bewijst;

„O., dat dit *middel* zijnen feitelijken grondslag mist, vermits het Hof op grond van verschillende in het arrest vermelde omstandigheden uitmaakt, dat de nu eischer in cassatie

weigerachtig is geweest om aan zijne wettelijke verpligting tot het doen van summiere rekening en verantwoording te voldoen;

„O., dat dus alle *middelen* van cassatie zijn ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 1589. — Arrest van 22 Febr. 1878.

(KOLONIAAL APPEL.)

Moeten onder bewijsstukken *in a.* 151 *B.-R, ook worden begrepen andere dan reeds bestaande of waarvan het vaststaat dat zij kunnen worden verkregen?* — NIET BESLIST. *Zijn in ieder geval onder* bewijsstukken *in dit a. alleen te verstaan stukken, van welke* a priori *kan worden aangetoond, dat zij invloed kunnen hebben op het geding, en is dat niet het geval met een later en tusschen een ander dan de litigerende partijen te wijzen vonnis?* — JA.

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.

„Wat *de daadzaken* betreft:

„O., dat de app^n bij incidentele aan de geïnt^n beteekende conclusie hebben gevorderd, dat het tusschen partijen in hooger beroep aanhangig regtsgeding zal zijn gestateerd tot ult° Junij 1878 of tot zoodanigen vroegeren dag, als waarop zal zijn verloopen ééne week na 's H.-R^s einduitspraak in de zaak, hangende tusschen M. P. en C° als app^n en H. D. en C° als geïnt_n, aangebragt in 's H.-R^s teregtzitting van 21 Sept. 1877 en bekend ter rolle sub n° 346, alles met veroordeeling der geïnt_n, die deze incidentele vordering mogten betwisten, in de kosten van het incident, welke anders zullen blijven voorbehouden tot aan de einduitspraak;

„O., dat de geïnt^n en incidentele verw^s die incidentele vordering, bij hunne daartegen gerigte conclusie van antwoord, hebben betwist en daarbij hebben geconcludeerd tot ontzegging

dier incidentele vordering en veroordeeling der incidentele eischers in de kosten;

"O. dat, nadat partijen over en weder bij ter audientie genomen conclusie, de appn en incidentele eischers bij hunne incidentele vordering, en de geïntn bij hunne conclusie van verwering hebben volhard, de zaak over en weder is bepleit;

Wat *het regt* betreft:

"O., dat de statering alleen wordt gevorderd om daardoor gelegenheid te erlangen zich *casu quo* te beroepen op eene nog te wijzen uitspraak in een, mede in hooger beroep, doch tusschen andere partijen gevoerd wordend geding;

"O. dat, daargelaten de vraag, of onder de *bewijsstukken* van a. 151 B.-R. andere mogen worden begrepen dan reeds bestaande of waarvan het vaststaat, dat zij kunnen worden verkregen, onder die bewijsstukken alleen te verstaan zijn stukken, van welke *a priori* kan aangetoond worden, dat zij invloed kunnen hebben op het geding;

"O., dat zulks niet het geval is met een later, en tusschen anderen dan de litigerende partijen, te wijzen vonnis, niet enkel omdat de inhoud van zoodanig vonnis, vooraf als onzeker, niet kan worden beoordeeld, maar ook omdat die uitspraak, vermits zij andere dan de *in lite* zijnde partijen zoude betreffen, nimmer van invloed zou kunnen zijn op hetgeen het onderwerp uitmaakt van het tusschen deze partijen aanhangig geding;

"O., dat mitsdien de gedane incidentele vordering is ongegrond;

"Ontzegt de vordering;

"Veroordeelt de incidentele eischers in de kosten daarop gevallen."

No 1590. — Arrest van 22 Febr. 1878.

(A. 188, 189 B.-R.; a. 2000 B.-W.)

Is a. 138 *B.-R. door den* judex facti *geschonden door in een summier proces buiten aanmerking te laten eene conclusie, niet betreffende eene ingestelde incidentele vordering, maar de hoofdzaak zelve?* — Neen.

Is, waar het bestaan van een last op onroerend goed door den regter is gegrond op verkrijging bij verjaring, onverschillig de al of niet juistheid der beslissing: »dat noch volgens uitdrukkelijke wetsbepaling, noch volgens een erkend regtsbeginsel, eene overeenkomst regtskracht mist, waarbij eenige personen zich gezamenlijk verbinden tot praestatie van iets ten behoeve van een predikant, die nog wel moest worden beroepen, maar die met zijne opvolgers later feitelijk heeft getoond daarvan gebruik te willen maken?» — Ja.

Is in casu *wel degelijk door den* judex facti *bewezen verklaard niet alleen het bezit der landerijen gedurende meer dan dertig jaren, maar ook dat de betaling van het gevorderde* praestandum *heeft plaats gehad* als verschuldigd, *en kan deze beslissing in geen anderen zin worden opgevat dan als de verklaring der regtb., dat de betaling was geschied ter voldoening van den zakelijken last, waarvan alleen ten processe sprake was geweest?* — Ja.

De eischer in cassatie heeft de verws gedagvaard om door den H.-R. te hooren uitspreken de vernietiging van het vonnis door de arr.-regtb. te Groningen 15 Julij 1877 tusschen partijen gewezen, en voor zooveel noodig het daaraan voorafgegaan interlocutoir vonnis van 23 Apr. 1875 en zich door dien H.-R., doende wat de eerste regter had behooren te doen, alsnog hun eisch te hooren ontzeggen of wel de zaak te hooren terugwijzen naar den eersten regter, ten einde die met inachtneming van 's H.-Rs te wijzen arr. verder te beslissen, met uitspraak over de kosten, zoowel over die in cassatie gevallen, als over die der procedure bij de regtb. *a quo* en over die welke bij 's H.-Rs arr. van 10 Nov. 1876 (*) zijn gereserveerd, en zulks op grond van de volgende *cassatie-middelen*:

(*) In deze verzameling opgenomen Afd. *Burg.-Regt* XLI, 406 en v.

»I. verkeerde toepassing van a. 138 en 139, ook in verband met a. 48 B.-R., uit hoofde de regtb. zich naar aanleiding der aangehaalde a. 138 en 139 bij het eindvonnis *a quo* ten onregte verpligt heeft geacht *gronden van verwering*, welke voor den req. bij eene nader ten processe genomen conclusie of declaratoir *ter adstructie* van de vroegere, volgens a. 139 genomen conclusie zijn aangevoerd, buiten aanmerking te laten, en bij deze verkeerde toepassing dier a. 138 en 139 zelfs niet onderscheidt of die gronden waren van feitelijken of juridieken aard;

»II. schending van a. 31, 33, 98 en 102 van Boek III en a. 78 en 79 van Boek IV van het Oldambtster Landregt en a. 1, 2, 3 en 46 O., omdat de arr.-regtb. uit een in het jaar 1754 onder de werking van het aangehaalde Landregt genomen besluit eener zamengekomen menigte, en approbatie van dat besluit door het Bestuur der stad Groningen als eigenaresse der door die zamengekomen menigte als meijers bezeten gronden, en alzoo enkel uit contracten of wilsverklaringen regten van eigendom of bezit betreffende onroerend goed afleidt;

»III. schending of verkeerde toepassing van a. 1902 en 627 en van a. 2000, in verband met a. 564, 585, 639, 784, 1988 en 1992 B.-W., uithoofde de regtb. bij de bestreden vonnissen met toepassing van verjaring de ter dagvaarding omschreven landerijen bezwaard heeft verklaard met den zakelijken last eener jaarlijksche uitkeering, *enkel* op het bewijs dat de meijer dier landerijen gedurende meer dan 30 jaren het gevorderde praestandum als verschuldigd heeft betaald, maar *zonder bewijs*, dat die betaling ook geschiedde *ter* VOLDOENING *aan een op de bezwaard verklaarde landerijen rustenden zakelijken last*, en alzoo niet alleen de oorspronkelijke eischers, verw[s] in cassatie, te ontheffen van het bewijs van een feit, hetwelk voor toepassing van verjaring noodwendig moest worden bewezen, maar ook een regt *tegenover een meijer* van landerijen

te beschouwen als een voor bezit en verjaring als onroerend goed vatbaar zakelijk regt op door hem als zoodanig gebruikte landerijen."

Voor de verw* is de volgende conclusie genomen:

"A. wat het *eerste middel* betreft, feitelijk vaststaat, dat in dit geding, hetwelk door partijen als eene summiere zaak is behandeld, over en weer zijn genomen de conclusiën van eisch en van antwoord, bij a. 138 en 139 B.-R. bedoeld, en de eischer zich niet beklaagt dat aan die conclusiën de regter geen behoorlijke aandacht zou hebben geschonken;

"A. evenzeer vaststaat, dat na die conclusiën, door de verw* nog is genomen een zoogenaamde conclusie van repliek, waarbij een incidenteel verzoek tot getuigenbewijs werd gedaan, en die door den eischer is beantwoord met eene conclusie van dupliek, waarin hij zich onder anderen ten opzigte van het aangeboden bewijs (der verjaring) refereerde aan 's regters oordeel;

"A. ook van deze conclusie bij het *middel* niet wordt beweerd dat de regter haar geen regt zou hebben laten wedervaren;

"A. derhalve reeds hieruit blijkt dat over verkeerde toepassing of schending der a. 138 en 139 B.-R. door den eischer niet met grond kan worden geklaagd;

"A. eindelijk blijkt, dat *na* het gehouden getuigenverhoor de eischer heeft kunnen goedvinden nog eene conclusie te nemen, en wel zulk eene, niet waarbij hij eene of andere incidentele vordering deed, als bijv. tot enquête zijnerzijds, en tot verhoor op vraagpunten, of tot opneming *in loco*, of tot expertise, wat hem volkomen zou hebben vrijgestaan, maar eene conclusie wederom ten principale, waarbij hij verklaarde te persisteren bij het vroeger bereids aangevoerde;

"A. nu volgens de uitdrukkelijke bepalingen der wet rakende de summiere procesorde dergelijke conclusie niet te pas komt, zelfs niet om daarin te behandelen de resultaten van het gehouden getuigenverhoor, wat volgens de wet is materie

voor pleidooi, doch geen materie voor eene nieuwe conclusie;

»A. derhalve de regter, die conclusie behalve voor zoo verre zij behandelde de resultaten der enquête, buiten het proces stellende, den eischer niet alleen geen onregt heeft gedaan, doch hem zelfs meer gegeven heeft dan waarop hij volgens de wet aanspraak kon maken, en in elk geval van schending of verkeerde toepassing van a. 188 en 139 B.-R. onmogelijk de rede kan zijn;

»A. voorts, voor zoo verre de eischer geacht kan worden bij zijn *middel* ook schending of verkeerde toepassing van a. 48 B.-R. te hebben voorgesteld, daartegen eenvoudig doch afdoende zou kunnen worden aangevoerd, dat, hoe ruim men het a. 48 ook zou willen interpreteren, het echter in geen geval den regter verpligt conclusiën te suppleren, die partijen volgens de wettelijke procesorde niet mogten of zouden mogen nemen;

»A. bovendien zoo aan het *middel* ten grondslag mogt liggen de schoon niet uitgesproken bewering, dat in die buiten het proces gestelde conclusie, buiten en behalve de regtsgronden in verband staande met de resultaten der enquête, nog andere regtsgronden voorkwamen, die bij de vorige conclusien waren geömitteerd en ook bij pleidooi geen plaats hebben gevonden, en dat de regter op grond van a. 48 op die regtsgronden had moeten letten, — dan het afdoende antwoord daarop zou zijn dit: dat de eischer dan niet kan volstaan met eenvoudig verkeerde toepassing van a. 48 B.-R. te beweren, maar uitdrukkelijk had moeten aanwijzen de a. der wet welke, had de regter des eischers pretenselijk overgeslagen regtsgronden wel overwogen, alsdan door zijne beslissing zooals die daar nu ligt, zouden zijn geschonden;

»A. echter niet alleen bij het *middel* dergelijke wetsbepalingen niet worden aangehaald, maar de eischer zelfs geene pretenselijk voorbijgegane regtsgronden formuleert of aangeeft, die, zij het dan ook blijkens eene *niet* aangehaalde wetsbepaling,

waren zij overwogen, de beslissing hadden moeten doen zijn eene andere;

„A. derhalve het *eerste middel* is ten eenemale onaannemelijk;

„A. wat betreft het *tweede middel:* 1° niet blijkt dat in 1754 op de ten processe bedoelde erven het Oldambster landregt van toepassing was; — 2° de aangehaalde bepalingen van dat landregt geenszins verbieden, dat zonder zegel en brief een onroerend goed met eenige praestatie worde bezwaard; — 3° op zulk een beweerd vormverzuim zich niet zou mogen beroepen de *ayant cause* van hem, die in 1754 zijn land tot de praestatie verbond; — 4° het geheele *middel* is nieuw in cassatie en zijn feitelijken grondslag mist in het aangevallen vonnis; — 5° zoo de H.-R. van oordeel is, dat bij het vonnis is regt gedaan op de ingeroepen verjaring, het *middel* aan de beslissing van het vonnis geheel vreemd is;

„A. wat betreft het *derde middel:*

„A. zoo met de beweerde schending der a. 1902 en 627 B.-W. in het algemeen is bedoeld, dat de beweerde praestatie is aangenomen *zonder* bewijs, dat beweren in strijd is met hetgeen het vonnis als geleverd aanneemt;

„A. zoo met de aanhaling dier a. te zamen met a. 1992 B.-W. wordt bedoeld, dat de regter hier *in concreto* de verws heeft ontheven van het bewijs van een der vereischten voor de verjaring, het ondubbelzinnige van het bezit, de grief alsdan hare oplossing vindt in de overweging van het vonnis, dat voldoende uit de verklaringen der getuigen blijkt, dat het *praestandum* niet *ex mera liberalitate*, maar als verschuldigd werd betaald;

„A. beweringen, dat het ingeroepen regt voor bezit en bijgevolg voor verjaring, niet vatbaar zou zijn, — of dat zulk een regt door de zelf bewuste betaling van wege den meijer niet langs den weg van verjaring zou kunnen ontstaan, blijkens het vonnis voor den regter niet zijn gevoerd (de eischer had zich dan ook, wat de ingeroepen verjaring betreft, aan 's regters

prudentie gedragen) en derhalve in cassatie niet kunnen worden voorgebragt;

»A. bovendien geen der aangehaalde bepalingen omtrent het bezit van een praestatie als last op een erf ten laste van den meijer van dat erf iets leeren, veelmin de mogelijkheid van zulk een bezit uitsluiten, en eindelijk de eischer, schijnt hij te klagen, dat langs den weg van verjaring op grond van betaling door den meijer is aangenomen het bestaan van een zakelijken last ten nadeele der eigenaars, dan daarbij vergeet, vooreerst dat zulke klagt zou zijn een exceptie *de jure tertii*, en voorts dat het vonnis niet ten laste des eigenaars, maar ten laste des meijers het bestaan der praestatie heeft beslist;

»A. derhalve al de aangevoerde *middelen* zijn ongegrond;

»Zoo concludeert Mr. B. M. VLIELANDER HEIN, als advocaat van de verw[s] in cassatie, dat bij arr. van den H.-R. het ten deze door den eischer ingesteld beroep zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten.»

In deze zaak heeft de Proc.-G. RÖMER de volgende conclusie genomen:

»Deze zaak wordt thans voor de tweede maal bij den H.-R. behandeld: het eerste arr. van 23 April 1875, is opgenomen in de *Ned. Rspr.* CXIV, 158 (V. D. HON., *B.-R.*, XLI, 406 en v.).

»Het interlocutoir vonnis is daarbij vernietigd, voor zoover het getuigenverhoor niet behoorlijk was belegd; bij het nu beklaagde vonnis van 15 Junij 1877 heeft de regtb. zich overigens wat de feiten van het geding betreft, aan dat interlocutoir gerefereerd.

»En nu wil ik kortelijk aan den H.-R. herinneren, dat *in facto* is aangenomen dat de personen, in het jaar 1754 zamengekomen als *meijers*, onder goedkeuring der stad Groningen, als *eigenares*, hunne plaatsen, huizen enz. hebben belast met eene jaarlijksche uitkeering voor kerk en predikant; en dat *in jure* is beslist, dat geene wet hun verbood zoodanige over-

eenkomst te maken; dat dus tot bewijs der ingestelde actie moet blijken of de voorgangers van dezen gedaagde, thans eischer in cassatie, tot die overeenkomst hebben medegewerkt; dat de verjaring, als *middel* om te verkrijgen hier kan worden ingeroepen, en mitsdien het bewijs kan worden opgelegd, dat het thans gevorderde *praestandum* door de auteurs van den gedaagde, sedert menschen-geheugenis, immers sedert langer dan 30 jaren is betaald. Onder referte aan dat vonnis is nu beslist, dat door de *enquête* dit bewijs is geleverd, dat het gevorderd *praestandum* in voege voorschreven is betaald, en wel als *debitum* en niet *ex mera liberalitate*, en op grond daarvan is de eisch toegewezen.

»Als *eerste middel* van cassatie wordt tegen die uitspraak aangevoerd: verkeerde toepassing van de a. 138 en 139, in verband met a. 48 B.-R., omdat de regtb. zich ten onregte verpligt heeft geacht gronden van verwering, welke door den eischer bij eene nadere conclusie of declaratoir ter adstructie van de vroeger genomene conclusiën zijn aangevoerd, buiten aanmerking te laten; en bij de verkeerde toepassing van de a. 138 en 139 zelfs niet onderscheidt of die gronden waren van feitelijken of van juridieken aard. Het *middel* is gerigt tegen de 7e overw. van het vonnis *a quo*, waarbij de regter overweegt, dat op de conclusie *na* het getuigenverhoor genomen *alleen* mag worden gelet *voor zooverre* de resultaten van dat verhoor daarin worden behandeld.

»Ik moet omtrent dit *middel* al aanstonds doen opmerken, dat het niet gerigt is tegen het *dictum* van het vonnis, maar tegen eene daarin opgenomen overweging of motief.

»Aangenomen, dat de regtb. de gronden van verwering, in die conclusie opgenomen, had onderzocht, dan volgt daaruit niet, dat het thans gegeven *dictum* onjuist is. De overweging staat dus in geen onmiddellijk verband met het dispositief; en slechts, wanneer dit het geval is, kan zoodanige overweging grond op-

leveren voor cassatie. Vgl. het arr. van 10 Nov. 1848 (*Ned. Regtspr.* XXXII, 20; v. D. HON., *B.-R.* X, 112).

»Maar daarenboven heeft de regtb. de a. 138 en 139 voornoemd niet toegepast, en daar zij geen voorschriften behelzen over de behandeling van het geding *na* de enquête, waren zij niet toepasselijk en kunnen dus niet geschonden zijn.

»De regtb. redeneert *naar aanleiding* van die a.; zij leidt daaruit af, dat de *litis-contestatie* bepaald wordt door de conclusiën van eisch en antwoord; en dat zoo nog eene conclusie *na* de enquête wordt genomen, deze dan alleen kan loopen over de vraag of door het getuigenverhoor datgene bewezen is, wat bewezen moest worden. Ik geloof dat de regtb. het summier proces juist heeft opgevat, maar al had zij die a. toegepast op een geval, hetwelk daarin niet is voorzien, dan zou dit slechts grond tot cassatie kunnen opleveren, indien door die onjuiste toepassing eene stellige wetsbepaling ware geschonden. De Raad vergelijke DALLOZ, voce *Cassation*, n° 1356 en 1357.

»En wat nu de aanhaling van a. 48 betreft, zoo heeft de geachte pleiter zelf toegegeven, dat niet *blijkt*, dat de regter verzuimd heeft regtsgronden aan te vullen; hij is dan ook in gebreke gebleven om aan te wijzen welke gronden, aan de wet ontleend, ten deze zijn voorbijgezien.

»Ik geloof niet, dat het *eerste middel* kan leiden tot cassatie van het *dictum*.

»Het *tweede middel* luidt: schending van de a. 31, 33, 98, 102 van Boek III en a. 78 en 79 van Boek IV van het *Old-Ambtster Landrecht*, in verband met de a. 1, 2, 3 en 47 der wet op den Overgang van de vroegere op de nieuwe wetgeving.

»Het *middel*, hoewel eenigzins anders geformuleerd, berust op dezelfde bewering als vroeger, en is reeds met een enkel woord behandeld in de conclusie van mijn ambtgenoot POLIS, (*Ned Regtspr.*, *ll.*, bl. 162 en 163; v. D. HON., *B.-R.* XLI, 406).

»Ik moet doen opmerken, dat de vraag of het Old-Ambster Landregt regtskracht had op de plaats waar, en ten jare toen de regtshandeling heeft plaats gehad, bij het vonnis niet is behandeld. Ik wil aannemen, dat die vraag of zeker regt *sensu objectivo* regtskracht heeft op eene plaats waar de regtshandeling geschiedt, voor een onderzoek in cassatie vatbaar is; ik moet echter doen opmerken, dat het Landregt zelf geene bepaling bevat over de grenzen, waar het regtskracht had; de geachten Raadsman heeft geen enkelen grond aangevoerd, die tot hare beslissing kan leiden, en de vraag is m. i. *in casu* meer van *geschiedkundigen* dan van *regtskundigen* aard.

»Maar wat hiervan ook zijn moge, zoo is de beslissing bij het vonnis in geen geval in strijd met dat regt; de regtb. overweegt dat noch volgens uitdrukkelijke wetsbepaling, noch volgens eenig erkend regtsbeginsel, eene overeenkomst regtskracht mist, waarbij eenige personen zich gezamenlijk verbinden tot praestatie van iets ten behoeve van een predikant, die nog wel moest worden beroepen, maar die met zijne opvolgers later feitelijk heeft getoond daarvan gebruik te willen maken.

»Deze is de eenige beslissing welke over de wijze, waarop het regt is gevestigd, in het vonnis voorkomt; de beslissing is zeker niet in strijd met de aangehaalde artikelen, welke handelen over de overdragt van onroerende goederen, waarvan hier geene sprake is.

»Maar, en hierdoor vervalt het geheele *middel* van cassatie, al bleek dat het regt niet wettig was tot stand gekomen, dan heeft de regter het *debitum* aangenomen, op grond der *praescriptio acquisitiva;* het *dictum* waarbij de vordering is toegewezen, is derhalve juist, ook al was de hierboven gemelde overw. *in jure* onjuist.

»Tegen het aannemen der *praescriptio* is dan ook het *derde cassatie-middel* gerigt.

„Daarbij wordt beweerd: schending of verkeerde toepassing van a. 1902, 627, 2000 j° a. 564, 585, 639, 784, 1983 en 1992 B.-W.

„De grief van het *middel* is deze, dat de verjaring is aangenomen enkel op het bewijs, dat de meijers het gevorderde *praestandum* hebben betaald, zonder dat tevens bewezen is, dat die betaling geschiedde ter voldoening van een *onus reale*, rustende op hunne landen. Hierdoor is volgens den eischer de bewijslast geïnterverteerd, en ten onregte aangenomen, dat de meijers zoodanig zakelijk regt op de door hen gebruikte landen konden leggen.

„Uit de conclusie van mijn ambtgenoot zal het den H.-R. blijken, dat het *middel* bij de vorige behandeling der zaak eenigzins anders dan nu was geformuleerd. Beide grieven zijn echter onjuist. *In facto* is aangenomen, dat de meijers, onder goedkeuring der eigenaresse van de landen, deze met eene jaarlijksche praestatie hebben bezwaard, en dat bewezen is dat dit *praestandum* sedert menschen-geheugen als een *debitum* en niet *ex mera liberalitate* is betaald.

„De feitelijke grondslag voor de eerste grief ontbreekt dus, want de *actor* heeft den grondslag zijner vordering bewezen, nl. de vestiging van het *praestandum* als *onus reale* en de betaling sedert meer dan 30 jaren als *debitum*.

„En wat de tweede grief betreft, zoo is vooreerst beslist, dat de meijers of gebruikers hebben gehandeld onder goedkeuring der eigenaren van de landerijen; *ten anderen* bevatten de aangehaalde artikelen geene bepaling, waaruit zou blijken, dat de meijers zoodanig regt op de landen niet mogten leggen; en *ten derde* berust de toewijzing der vordering op de verjaring; volgens de feitelijke beslissing, op een bezit gedurende 30 jaren, waarvan niet is beweerd, veel minder bewezen, dat het ter kwader trouw zou zijn geweest; en volgens a. 2000 B.-W., waarop het *middel* zich vooral beroept, verkrijgt de

bezitter onder die omstandigheden den eigendom zonder verpligt te zijn zijn titel te toonen.

„De vroegere bewering, dat zoodanig regt niet door verjaring zou kunnen verkregen worden, welke behandeld is in de conclusie van mijn ambtgenoot, is thans niet weder te berde gebragt.

„Ik geloof dat de voorziening niet gegrond is, en heb de eer te concluderen tot verwerping en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Wat betreft het *eerste middel* van cassatie: beweerde verkeerde toepassing van de a. 138 en 139, ook in verband met a. 48 B.-R., uit hoofde de regtb. zich naar aanleiding der aangehaalde a. 138 en 139 bij het eindvonnis *a quo* ten onregte verpligt heeft geacht gronden van verwering, welke voor den req. bij eene nadere ten processe genomene conclusie of declaratoir ter adstructie van de vroegere, volgens a. 139 genomene conclusiën zijn aangevoerd, buiten aanmerking te laten, en bij deze verkeerde toepassing dier a. 138 en 139 zelfs niet onderscheidt of die gronden waren van feitelijken of juridieken aard;

„O. dat, naar hetgeen bij het *middel* zelf wordt beweerd, daarbij wordt opgekomen tegen het niet in aanmerking nemen van eene conclusie, die door den ged., nu eischer in cassatie, bij de regtb. zou genomen zijn ter adstructie van de vroeger door dien ged. in het proces genomen conclusie;

„O., dat intusschen zoodanige conclusie, niet betreffende eene ingestelde incidentele vordering, maar de hoofdzaak zelve, naar a. 139 in verband met a. 138, in het summier proces niet is toegelaten en de regtb. dus daarop geen acht had te slaan;

„O. wat aangaat a. 48, dat, om schending van deze wetsbepaling te kunnen inroepen, tevens zou moeten worden gewezen op een wetsa., dat *niet* toegepast zijnde had *moeten* zijn toegepast en alzoo zou zijn geschonden, wat intusschen ten deze niet is geschied;

»O., dat op grond van een en ander het *eerste middel* van cassatie is ongegrond;

»Wat betreft het *tweede middel* van cassatie: beweerde schending van de a. 31, 33, 98 en 102 van boek III en de a. 78 en 79 van boek IV van het Old-Ambster-Landregt en de a. 1, 2, 3 en 47 van de wet op den Overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving, omdat de arr.-regtb. uit een in het jaar 1754 onder de werking van het aangehaalde Landregt genomen besluit eener zamengekomen menigte en approbatie van dat besluit door het Bestuur der stad Groningen, als eigenaresse der door die zamengekomen menigte als meijers bezeten gronden, en alzoo enkel uit contracten of wilsverklaringen regten van eigendom of bezit, betreffende onroerend goed, afleidt;

»O., dat dit *middel* is gerigt tegen de ook nà het arr. van den H.-R. van 10 Nov. 1876 (V. D. HON., *B.-R.*, XLI, 406) in stand gebleven beslissing, voorkomende in het interlocutoir vonnis van 23 April 1875, waartoe zich het thans bestreden eindvonnis van 15 Junij 1877 refereert, dat, namelijk, de »zamengekomene menigte« door zich niet persoonlijk te verbinden tot betaling eener zekere som voor een bepaald doel, maar door daarmede, onder goedkeuring van de eigenaresse, de stad Groningen, de plaatsen en huizen, die zij als meijers gebruikten, te belasten, ondubbelzinnig de bedoeling heeft gehad, het bezwaar van het zoogenaamde pastoorsgeld niet te leggen op den persoon des gebruikers, maar ten zijnen laste op den grond zelven, en de daarna verder gegeven beslissing dat, noch volgens uitdrukkelijke wetsbepaling, noch volgens eenig erkend regtsbeginsel, eene overeenkomst regtskracht mist, waarbij eenige personen zich gezamenlijk verbinden tot praestatie van iets ten behoeve van een predikant, die nog wel moest worden beroepen, maar die met zijne opvolgers, gelijk *in casu*, later feitelijk heeft getoond daarvan gebruik te willen maken;

»O. te dien opzigte dat, al moge ook naar de in 1754, ter plaatse waarvan hier sprake is, geldende wetsbepalingen, op eigenaardige wijze moeten blijken van het ontstaan van regten van eigendom of bezit betreffende onroerend goed, bij overeenkomst of andere regtshandeling, al moge voorts daaronder zijn begrepen het bezwaren met eenigerhanden geldelijken last, dit niet zou wegnemen dat ook door praescriptie zoodanige regten kunnen worden verkregen, en dat dus waar, zoo als hier, het bestaan van den last op het onroerend goed door den regter is gegrond op verkrijging bij praescriptie, het bij dit *middel* geopperde bezwaar op zich zelf niet kan afdoen tot bestrijding van de gegeven beslissing;

»O., dat hierom ook het *tweede middel* van cassatie is onaannemelijk;

»Wat betreft het *derde middel* van cassatie: beweerde schending of verkeerde toepassing van de a. 1902 en 627, en van a. 2000, in verband met de a. 564, 585, 639*, 784, 1983 en 1992, alle B.-W., uit hoofde de regtb. bij de bestreden vonnissen, met toepassing van verjaring, de ter dagvaarding omschreven landerijen bezwaard heeft verklaard met den zakelijken last eener jaarlijksche uitkeering, enkel op het bewijs dat de meijer dier landerijen gedurende meer dan 30 jaren het gevorderde *praestandum* als verschuldigd heeft betaald, maar zonder bewijs dat die betaling ook geschiedde ter voldoening aan een op de bezwaard verklaarde landerijen rustenden zakelijken last, en alzoo niet alleen de oorspronkelijke eischers, verweerders in cassatie, te ontheffen van het bewijs van een feit, hetwelk voor toepassing van verjaring noodwendig moest worden bewezen, maar ook een regt tegenover een meijer van landerijen te beschouwen als een voor bezit en verjaring als onroerend goed vatbaar zakelijk regt op door hem als zoodanig gebruikte landerijen;

»O., wat de eerste grief betreft, dat de verjaring zou zijn

aangenomen zonder bewijs dat de betaling ook geschiedde ter voldoening van een op de bezwaard verklaarde landerijen rustenden zakelijken last, dat bij het eindvonnis is aangenomen, dat door de verklaringen van de gehoorde getuigen regtens is bewezen, dat door den meijer van de ter dagvaarding bedoelde goederen, en dus door de regtsvoorgangers van den ged., nu eischer in cassatie, het gevorderde *praestandum* sedert langer dan 30 jaren is betaald; en voorts, dat het uit de bedoelde verklaringen voldoende is gebleken, dat het *praestandum* niet *ex merâ liberalitate*, maar als verschuldigd werd betaald;

„O., dat alzoo is bewezen verklaard, niet alleen het bezit gedurende meer dan 30 jaren, maar ook dat de betaling heeft plaats gehad als verschuldigd, en dat dit in geen anderen zin kan worden opgevat dan als de verklaring der regtb., dat de betaling was geschied ter voldoening van den zakelijken last, waarvan alleen ten processe sprake was geweest;

„O., wat de tweede grief aangaat, dat, zoo als hierboven op het *tweede middel* is vermeld, reeds bij het interlocutoir vonnis was aangenomen dat, met goedkeuring van de eigenaresse, de stad Groningen, de landerijen, bij den nu eischer als meijer in gebruik, door zijne regtsvoorgangers met de betaling van de jaarlijksche uitkeering waren belast, en dat de alzoo plaats gehad hebbende medewerking van den eigenaar tot het leggen van den last op de landerijen te Windeweer en Lula, als waarvan in dit proces sprake is, alle denkbeeld uitsluit van ongeldigheid van den als bewezen aangenomen op de door den nu eischer als meijer gebruikte landerijen gelegden zakelijken last;

„O., dat alzoo het *derde middel* van cassatie almede is ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Verwijst den eischer in de kosten, in cassatie gevallen.”

N° 1590. — Arrest v. 22 Febr. 1878.

(A. 3 K.; a. 1961 j° 1959 B.-W.)

Bestaat er, wanneer blijkt dat de eischers meermalen aan den gedaagde den last tot het aankoopen van effecten hebben gegeven met het doel om deze bij rijzing weder met voordeel te verkoopen, eene zaak van koophandel, en was dus in casu *wel degelijk het bewijs door getuigen en dus ook door vermoedens toelaatbaar?* — Ja.

Heeft het Hof de bekentenis der eischers in cassatie, bij hun verhoor op vraagpunten, ten hunnen nadeele teregt gesplitst, daar de valschheid van hetgeen ter hunner bevrijding daarbij was aangevoerd, door wettige bewijsmiddelen werd bewezen? — Ja.

De eischers in cassatie hebben de verwerende firma D. H. B., commissionair in effecten te Amsterdam, gedagvaard voor den H.-R., om te hooren uitspreken de vernietiging van het arr. van 15 Junij 1877 door het geregtshof te Amsterdam tusschen partijen gewezen, met zoodanige verdere regeling van het geding als de H.-R. zal goedvinden en met veroordeeling van de gedaagde en verw^sse in alle kosten van het geding, ook in die in eersten aanleg en hooger beroep gevallen, en wel op de volgende gronden:

A. de eischers 24 April 1875 door de verw^sse bij behoorlijk geregistreerd exploit voor de arr.-regtb. aldaar gedagvaard zijn, ten einde bij vonnis dier regtb. zich te hooren veroordeelen om aan de nu verw^sse tegen kwijting en overgave van 50 stuks aandeelen Erie Spoorweg Mij ieder van 100 doll. nominaal, *fl.* 350 Zilv. Metalliek, een Russisch lot 1866 en eenige andere fondsen te betalen 1° de som van *f* 5929.69 en wel ieder der nu eischers de helft dier som dus *f* 2964.84^5; 2° de som van *f* 144.86, en dus ieder der gedaagden de helft of *f* 72.43 en zulks met de wettelijke renten, enz.; *en voorts* te hooren verklaren deugdelijk en van waarde het derde arrest, namens de toen eischeresse, na bekomen vergunning bij geregistreerd exploit van 16 Apr. 1875 onder handen van de

Naaml. Vennootschap de Koninklijke fabriek van waskaarsen te Amsterdam, gelegd;

»A. deze vordering door de verw^sse gegrond werd op de *door haar geposeerde omstandigheid*, dat zij op last der eischers en voor hunne rekening, doch ten eigen name, ter beurze van Amsterdam in de jaren 1875 en 1874 onderscheidene bij dagvaarding met name genoemde effecten had gekocht, welke fondsen de nu eischers, in weerwil van allerlei ook geregtelijke aanmaningen, voortdurend weigerden van de verw^sse in ontvangst te nemen tegen betaling van het daarvoor verschuldigde;

»A. de eischers zich tegen deze vordering hebben verdedigd, hoofdzakelijk op grond, dat hier slechts was een speculatie op rijzing of daling der koers, en de ontvangst der stukken geheel zou zijn in koopers keuze, waarmede de nu verw^sse genoegen had genomen, zooals uit den geheelen aard der handeling van partijen kan blijken; dat echter de actie, nadat ten verzoeke der verw^sse de eischers op vraagpunten werden gehoord, door de regtb. is toegewezen bij vonnis van 4 Julij 1876;

»A. de eischers van dit vonnis zijn gekomen in hooger beroep bij het geregtshof te Amsterdam, hetwelk bij arr. van 15 Junij 1877 het vonnis der regtb. heeft bekrachtigd;

»A. de eischers zich door dit arr. bezwaard achtende daartegen aanvoeren de volgende *middelen* van cassatie:

»*Eerste middel:* schending en verkeerde toepassing der a. 1, 3, 4 en 5 K., in verband met a. 1935 en 1959 j° 1961 B.-W., omdat het Hof het bewijs door vermoedens heeft toegelaten, als gold het in deze een zaak van koophandel, hetwelk het geval niet is, — de eischers in cassatie zijn volstrekt geen kooplieden en de betrekking, waarin zij door den opgedragen last met de verw^sse kwamen, was geenerlei commercieele daad, noch had die eenig commercieel karakter ten hunnen aanzien; — de verw^sse was niets dan lasthebster der eischers en hunne verhouding werd alleen geregeld door de bepalingen

B.-W.; door nu te beslissen dat in deze, wijl de eischers wilden koopen met het doel om bij rijzing der fondsen weder te verkoopen, ingevolge a. 3 K. een daad van koophandel werd verrigt of een handelstaak aanwezig was, en op dien grond bewijs door vermoedens toe te laten, heeft het Hof de hier aangehaalde a. geschonden of verkeerd toegepast;

"*Tweede middel:* schending en verkeerde toepassing van a. 1961 j_o 1959 B.-W., omdat het Hof de bekentenis der eischers bij hun verhoor op vraagpunten afgelegd ten hunnen nadeele heeft gesplitst, terwijl de valschheid van hetgeen ter hunner bevrijding daarbij was aangevoerd, niet door wettige bewijsmiddelen was gestaafd; zelve niet in staat zijnde de noodige bewijzen voor hare vordering te leveren, verkreeg de verw^sse^ vergunning dit te putten uit het arsenaal der eischers, welke op een der vragen van de verw^sse^ hebben geantwoord: dat zij op de in de vraag vermelde tijdstippen geenerlei last aan de toen eischeresse hebben gegeven om de aandeelen Erie Spoorweg-Mij definitief voor hen te koopen; dat het eene bloote beursspeculatie was met levering op tijd, welk tijdstip van afrekening of aflevering der beursnotitie geheel aan het abitrium van hen gedaagden bleef overgelaten, zoodat de ontvangst der stukken, of de afteekening van het verschil van prijs altijd geheel van hen afhankelijk bleef."

"Dit antwoord, hetwelk in verband moet beschouwd worden met de andere antwoorden der eischers die een geheel vormen, zou een toewijzing der vordering hebben onmogelijk gemaakt, indien het Hof niet ten deze de bepaling van a. 1961 B.-W. geschonden had en het bewijs der valschheid van hetgeen door de eischers ter hunner bevrijding was aangevoerd, door onwettige bewijsmiddelen was verkregen;

"A. de eischers zich tot staving van hunne aangevoerde *middelen* van cassatie beroepen op de voor de regtb. en het Hof gewisselde stukken en conclusiën, welke zij ook in deze

instantie indienen, alsmede de afschriften van het vonnis der regtb. en van het arr. tegen hetwelk men opkomt."

Voor de verw^{sse} is de volgende conclusie genomen:

"A. de verw^{sse} in cassatie de nu eischers heeft gedagvaard voor de regtb. te Amsterdam, ten einde de gedaagden zouden worden veroordeeld om, — in voldoening van den bij zekere verrekening op $47\frac{7}{16}$ pct. bepaalden prijs van 50, door de oorspronkelijke eischeresse op last en voor rekening van de gedaagden, doch op eigen naam ter beurze van Amsterdam gekochte Erie-spoorweg-aandeelen, elk groot 100 doll., aan de oorspronkelijke eischeresse, tegen overgave door haar van die aandeelen en van eenige haar tot zekerheid der transactie verstrekte fondsen, te betalen een hoofdsom van *f* 5929.69 en verder gelijk in de dagvaarding is vermeld;

"A. die vordering is toegewezen bij vonnis der arr.-regtb. te Amsterdam van 4 Julij 1876;

"A. op het appel der gedaagden, dat vonnis is bevestigd bij arr. van het geregtshof te Amsterdam van 15 Junij 1877, waartegen de gedaagden en appellanten zich nu hebben voorzien in cassatie;

"A. het Hof heeft geoordeeld dat de stelling der oorspronkelijk eischeresse, dat de oorspronkelijk gedaagden aan haar den last hebben gegeven als commissionair op eigen naam, doch voor rekening van gedaagden, de voormelde Erie-spoorweg-aandeelen te koopen, is bewezen door de erkentenissen welke de gedaagden bij hun verhoor op vraagpunten hadden afgelegd, — aangenomen dat de eerste regter door zulks aan te nemen, de bekentenis der gedaagden geacht zou kunnen worden te hebben gesplitst, — zulks naar luid van a. 1961, al. 2, B.-W. geoorloofd was, omdat van hetgeen ter bevrijding der gedaagden bij het antwoord op de eerste vraag is bijgevoegd, de valschheid is bewezen door geschriften van gedaagden afkomstig, en de daarin naar 's Hofs oordeel gelegen vermoe-

dens, die het Hof in deze toelaatbaar achtte, omdat het hier gold eene daad van koophandel der gedaagden;

„A. de gedaagden, nu eischers in cassatie, voorstellen als *eerste middel*, enz.;

„A. a. 1 K. het bewijs door getuigen en dus ook het bij a. 1959 B-W. bedoelde bewijs door vermoedens toelaat in alle gevallen en zonder aanzien van den aard of het bedrag des onderwerps, behoudens eene exceptie, waarvan in deze geen sprake is;

„A. dus het bewijs door vermoedens in deze zaak, die betreft den commissiehandel van de oorspronkelijk eischende, nu verwerende firma-commissionair, is toegelaten, vermits a. 3, n° 1, K. onder daden van koophandel begrijpt den commissie-handel;

„A. dat bewijsmiddel bovendien hier is admissibel, omdat het Hof *in facto* beslist hebbende, dat de nu eischers in cassatie meermalen aan de nu verw^sse^ den last tot den aankoop van andere effecten, met het doel om deze bij rijzing weder met voordeel te verkoopen, hebben gegeven, en dat zij eischers in cassatie ook *in casu* hebben gekocht met het doel om de gekochte aandeelen zoo mogelijk bij rijzing der markt weder te verkoopen, *in jure* teregt heeft verstaan, dat de eischers in cassatie hebben gedaan daden van koophandel in den zin van a. 3 K.;

„A. hiertegen niets afdoet de opmerking der eischers in cassatie, dat zij geen kooplieden zijn, vermits toch dit voor de toelaatbaarheid van het bewijsmiddel van vermoedens niet wordt vereischt, terwijl voorts die eischers bij hunne bewering, dat zij aan de nu verw^sse^ slechts geven eenen, alleen door het B.-W. geregelden last, uit het oog verliezen, dat zij, blijkens 's Hofs feitelijke beslissing, aan eenen commissionair gaven commissie om voor hen te koopen, zulks daarenboven met het doel om het gekochte weder te verkoopen.

„A. als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld, enz.;

»A. de eerste regter van oordeel was, dat bij het hier bedoeld antwoord der gedaagden bij hun verhoor op vraagpunten alleen sprake was van appreciatie en kwalificatie van feitelijk erkende handelingen;

»A. het Hof dit systeem niet heeft verworpen, niet aannam dat hier een bekentenis werd gesplitst, — maar, enkel uitgaande van de *onderstelling* dat, gelijk de nu eischers beweerden, zoodanige splitsing plaats greep, overwoog, dat deze splitsing hier geoorloofd was, omdat de valschheid van het door de nu eischers beweerde was bewezen;

»A. de eischers in cassatie niet kunnen ontkennen, dat het, gelijk a. 1961, al. 2, B.-W. duidelijk bepaalt, den regter vrijstaat de bekentenis te splitsen, indien de schuldenaar daarbij tot zijne bevrijding daadzaken heeft aangevoerd, welker valschheid wordt bewezen;

»A. voorts bij de ongegrondheid van het *eerste cassatie-middel* vaststaat, dat het bewijs door vermoedens in deze is toelaatbaar, en hieruit volgt, dat, vermits de wet geene beperking bevat ten aanzien der bewijsmiddelen, waardoor de valschheid van het bij eene bekentenis gevoegde mag worden bewezen, het Hof, door aanwending daartoe *in casu* van het bewijsmiddel van vermoedens, de aangehaalde artikelen niet kan hebben geschonden of verkeerd toegepast;

»Zoo concludeert de ondergeteekende advocaat, als vertegenwoordigende de verweerderesse in cassatie, dat bij arr. van den H.-R. der N. de ten deze ingestelde voorziening in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van de eischers in cassatie in de kosten van cassatie.»

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

»Als *eerste cassatie-middel* is tend eze voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 1, 3, 4 en 5 K., in verband met de a. 1935 en 1959 j° 1861 B.-W., omdat het Hof het

bewijs door vermoedens heeft toegelaten, als geld het ten deze eene zaak van koophandel, hetwelk het geval niet is.

„Het is bekend, dat er verschil van gevoelen bestaat over de vraag of er eene zaak van koophandel in den zin van a. 1935 B.-W. en 1 K. aanwezig is, als er slechts van ééne zijde, bepaaldelijk als er slechts aan zijde van den eischer een commercieel obligo bestaat, maar is zoodanig obligo over en weer aanwezig, dan heeft men ontegenzeggelijk te doen met eene zaak van koophandel. En dit laatste is hier het geval. Volgens de feitelijke beslissing toch bij het arr. gaven de eischers in cassatie aan de verw^sse^ als commissionair commissie om vóor hen te koopen. De handeling van de verw^sse^ was alzoo, volgens a. 421 n° 1 K., een daad van koophandel. Tevens maakte het Hof uit, dat de eischers in cassatie meermalen aan de verw^sse^ den last tot het aankoopen van effecten met het doel om deze bij rijzing weder met voordeel te verkoopen, hebben gegeven, en dat zij ook *in casu* niet hebben gekocht om hun geld in de aangekochte effecten te beleggen, maar om die, zoo mogelijk, bij rijzing der markt weder te verkoopen, waaruit teregt wordt opgemaakt, dat aan hunne zijde, ingevolge a. 8 K., aanwezig is eene daad van koophandel.

„Er bestond eene zaak van koophandel, derhalve was het bewijs door getuigen en dus ook door vermoedens toelaatbaar.

„Het *tweede cassatie-middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 1961 j° 1959 B.-W., omdat het Hof de bekentenis der eischers in cassatie bij hun verhoor op vraagpunten, ten hunnen nadeele heeft gesplitst, terwijl de valschheid van hetgeen ter hunner bevrijding daarbij was aangevoerd, niet door wettige bewijsmiddelen was bewezen.

„Volgens a. 1961, al. 2, B.-W. staat het den regter vrij de bekentenis te splitsen, indien de schuldenaar tot zijne bevrijding daadzaken heeft aangevoerd, welker valschheid wordt bewezen.

»Van de onderstelling uitgaande dat, gelijk de nu eischers beweerden, zoodanige splitsing door de regtb. had plaats gehad, overwoog het Hof dat die splitsing hier geoorloofd was, omdat de valschheid van het door de eischers beweerde was bewezen.

»Dit bewijs achtte het Hof geleverd door vermoedens, een bewijsmiddel, dat, zooals ik bij het *eerste middel* trachtte aan te toonen, ten deze is toelaatbaar en alzoo wettig.

»In zoover de steller van het *middel* mogt bedoeld hebben (zooals ik uit het pleidooi meende op te maken) dat door de bewijsmiddelen het bewijs niet is geleverd, kan ik het *middel* met stilzwijgen voorbijgaan, daar het toch overbodig zal zijn aan te toonen, dat het aan den *judex facti* is overgelaten over de bewijskracht aan bewijsmiddelen toe te kennen, te oordeelen.

»De beide *middelen* komen mij ongegrond voor, en ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing der a. 1, 3, 4 en 5 K., in verband met de a. 1935 en 1959 j° a. 1961 B.-W., omdat het Hof het bewijs door vermoedens heeft toegelaten, als gold het in deze eene zaak van koophandel, hetwelk het geval niet is;

»O., dat intusschen bij het bestreden arr. *in facto* is uitgemaakt: dat de appellanten (nu eischers in cassatie) niet hebben gekocht om hun geld in Erie-aandeelen te beleggen, maar met het doel om de gekochte aandeelen, zoo mogelijk, bij rijzing der markt weder te verkoopen;»

»O., dat de eischers mitsdien koopwaren gekocht hebben om die weder te verkoopen, en het Hof derhalve teregt, op grond van a. 3 K., heeft aangenomen, dat de vordering der verweerderesse voortspruit uit eene daad van koophandel, zoodat tot bewijs daarvan het getuigenbewijs en mitsdien ook het bewijs door vermoedens toelaatbaar is;

»O., dat het *eerste middel* van cassatie derhalve is ongegrond;

»O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1961 j° a. 1959 B.-W., omdat het Hof de bekentenis der eischers bij hun verhoor op vraagpunten afgelegd, ten hunnen nadeele heeft gesplitst, terwijl de valschheid van hetgeen ter hunner bevrijding daarbij was aangevoerd niet door wettige bewijsmiddelen was gestaafd;

»O., dat het Hof de bekentenis der eischers in cassatie heeft gesplitst, omdat de valschheid van het feit in het antwoord op de eerste vraag tot bevrijding van de eischers aangevoerd, naar het oordeel van het Hof, ten processe is bewezen;

»O., dat het Hof dat bewijs heeft geput uit vermoedens, welke, blijkens de oplossing van het *eerste middel* van cassatie, in deze als wettig bewijs konden gelden;

»O., dat mitsdien ook het *tweede middel* van cassatie is ongegrond;

»Verwerpt de voorziening in cassatie;

»Veroordeelt de eischers in de kosten, in cassatie gevallen.«

N° 1591. — Arrest van 1 Mrt. 1878.

(A. 1428 *C.-N.*; a. 1472, 1254—1257 en 551—562 B.-W.)

Is, waar door het overlijden der vrouw en erfopvolging door den man algeheele vermenging van de regten en goederen des mans met die zijner vrouw heeft plaats gegrepen, iedere regtsvordering tusschen den man en diens vrouw of hare regtverkrijgenden door vermenging te niet gegaan en speciaal het regt der vrouw, op a. 1428 *C.-N. gegrond, om tegen een door den man gesloten contract, waarbij hare regten kunnen zijn verkort, op te komen?* — Ja.

Is, door zoodanig regt alsnog aan te nemen en daarop de nietigheid der bewuste acte te gronden, a. 1472 *B.-W. geschonden en a.* 1428 *C.-N. ten onregte toepasselijk geoordeeld?* — Ja.

Is, door ook op de quaestieuse acte van rangregeling de ongeldigheid derzelfde acte te gronden, aan die rangregeling een met de a. 1254—1257 *en* 551—562 *B.-W. strijdig regtsgevolg gegeven, en zijn derhalve ook deze wetsbepalingen bij de bestreden uitspraak verkeerdelijk toegepast?* — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens de Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

»Het collegie van kerkvoogden te Harmelen heeft eene vordering ingesteld tegen den verw. tot ontruiming en teruggave van zeker stuk grond, in den tijd door de auteurs van den verw. van de kerkvoogdij in erfpacht verkregen, en naar aanleiding van die actie wordt bij het bestreden arr. de vraag gesteld en ontkennend beantwoord, of het erfpachtsregt is geëindigd, hetzij door verloop van het tijdvak van uitgifte, hetzij door de vervulling van eene voorwaarde van uitgifte, althans voor de bij het arrest bedoelde opzegging.

»Tegen de beslissing van het Hof is als eenig *cassatie-middel* aangevoerd: schending en verkeerde toepassing der a. 1428, 1134, 1165, 1122 *C.-N.*, 1374, 1376, 1354, 767, 771, 779, 782, 783, 765, 766, 584, 880, 1078, 1472, 1173, 1174, 1254, 1256, 1257, 1260 B.-W., 561 en 562 B.-R., omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de gedaagde, nu verw., had een erfpachtsregt, uitsluitend des eischers actie, en hem gedaagde gegrond heeft geoordeeld in zijne tegenspraak.

»Het staat *in facto* vast, dat de Herv. kerk te Harmelen is eigenaar van onderscheidene grondstukken, welke aan verschillende personen in erfpacht waren uitgegeven;

»dat van een dezer stukken in 1844 zekere G. J. erfpachtster was, tegen eene jaarlijksche erfpacht van *f* 1.80, tot zekerheid waarvan in dat jaar eene hypothecaire inschrijving was gevestigd op den opstand van het bedoelde perceel, en welke erfpacht was, zooals werd beslist, en nu niet meer wordt tegengesproken, eene eeuwigdurende;

»dat bij notariele acte van 10 Sept. 1855 kerkvoogden hebben verklaard in hunne hoedanigheid bij vernieuwing in erfpacht te geven aan verschillende personen, mede-comparanten in de acte, die verklaarden op nieuw in erfpacht te nemen, ettelijke perceelen, breeder aldaar omschreven, en waaronder, voor zooveel het onderwerpelijk grondstuk voorkomt, D. B. voor de som van *f* 1.80 jaarlijks, met beding, dat de uitgifte van erfpacht aan de comparanten heeft plaats gehad gedurende hun leven, en met voorbehoud van de bevoegdheid der erfpachtgevers om de erfpacht met het jaar van den dood der erfpachters te doen eindigen;

»dat naar aanleiding dezer acte tot zekerheid der betaling van de erfpachtsom weder eene inschrijving is genomen op den opstand van meergemeld perceel;

»dat genoemde D. B., onder de werking der Fransche wetgeving was gehuwd met voormelde G. J. zonder huwelijksche voorwaarden, de opstallen en het erf aan G. J. waren toegekomen uit den boedel harer ouders en buiten huwelijksgemeenschap zijn gebleven;

»dat G. J. is overleden in 1860, als eenig erfgenaam nalatende haren man, die op 6 Jan. 1871 is gestorven; dat diens boedel is vacant geweest en aan den curator opzegging van de erfpacht is gedaan, dat deze echter het huis met erf heeft verkocht aan C. V. en laatstgemelde weder aan den tegenwoordigen verweerder, aan wien de opzegging van de erfpacht is herhaald;

»dat bij eene rangregeling van inschulden waarmede de opstallen op het bedoelde erf waren bezwaard, geprovoceerd door den kooper van den curator V., de inschrijving naar aanleiding der notariele acte van 1855 genomen, als zonder effect is voorbij gegaan, en eindelijk dat door D. B., gedurende zijn eigen bezit als erfgenaam zijner vrouw, geenerlei acte van bevestiging of bekrachtiging van de bedoelde acte van 10 Sept. 1855 is gedaan.

»Het Hof overweegt, dat de kracht en werking der opzeg-

ging van erfpacht wordt ontleend aan gemelde acte van 1855; dat die acte was nietig, en dat door de erfopvolging van D. B. de nietigheid zijner handeling niet wordt bekrachtigd.

„Nu kan men m. i., naar aanleiding van de door mij medegedeelde feiten de acte van 12 Sept. 1855, waarop het hier vooral aankomt, uit tweeërlei oogpunten beschouwen, welke oogpunten, geloof ik, bij de behandeling der zaak niet genoeg uit elkander zijn gehouden. Vooreerst kan D. B. bij de acte van 1855 hebben gehandeld zonder eenige qualiteit, geheel zelfstandig. Maar in de tweede plaats kan hij gehandeld hebben (bevoegd of onbevoegd) als echtgenoot van G. J. en hoofd van de tusschen hen bestaande gemeenschap.

„In het eerste geval heeft de kerkvoogdij beschikt over iets waarover zij niet te beschikken had. Zij heeft een stuk grond, dat reeds in eeuwigdurende erfpacht door een ander werd bezeten, aan een derde in tijdelijke erfpacht uitgegeven. Welke dan ook de acties mogen zijn, die D. B. ten gevolge van het contract tegen de kerkvoogdij had, voorzeker was dit ten aanzien van de erfpacht die G. J. bezat, van geenerlei effect; die erfpacht bleef ongeschonden, en werd als eeuwigdurende erfpacht door J. J. nagelaten en door D. B. geërfd.

„Voor deze opvatting zou eenigzins pleiten dat de uitgifte in erfpacht is geschied voor het leven van D. B., niet van zijne vrouw; maar, ofschoon het niet met zoovele woorden wordt gezegd, geloof ik dat door het Hof *implicite* wordt aangenomen, dat D. B. bij de acte is opgetreden als echtgenoot van G. J. en hoofd der gemeenschap.

„Dit volgt m. i. uit de 12e en 13e overw. van het arr., waarin het Hof, overeenkomstig de voorstelling van den toen app., D. B. beschouwt als zonder volmagt beschikkende over het goed van zijne vrouw.

„Uit dit oogpunt de zaak nagaande meen ik met slechts een enkel woord te mogen voorbijgaan twee gronden, door het Hof

aangevoerd voor de niet-geldigheid van de acte. De eerste is deze, dat D. B. eene erfpacht zonder tijdsbepaling verwisselende in eene erfpacht, die met het leven van den erfpachter eindigen zou, de hypothecaire schuldeischers voor wier vorderingen de opstallen verbonden waren heeft benadeeld. Dit doet hier, geloof ik, niets ter zake, waar geen sprake is van crediteurs van G. J., maar alleen de vraag of de verw. zich tegenover de kerkvoogdij kan beroepen op eene alsnog bestaande erfpacht.

»Het tweede argument is geput uit de door mij vermelde rangregeling. Maar dat daarbij de inschrijving, genomen naar aanleiding der notariele acte van 1855, als zonder effect is voorbijgegaan, kan alleen het gevolg hebben dat de kerkvoogdij thans den canon niet bij voorregt kan verhalen op den opstal, maar omtrent het al of niet bestaan van eene tijdelijke, opzegbare erfpacht wordt daardoor niets uitgemaakt.

»Teregt neemt het Hof aan, dat ingevolge a. 38 van de wet op den Overgang de bevoegdheid van D. B. ten opzigte van de goederen van hem en zijne vrouw wordt beheerscht door de Fransche wet.

»A. 1428 van den *Code-Nap.* geeft aan den man de administratie over alle personele goederen van zijne vrouw, maar schrijft in de derde al. voor: »Il ne peut aliéner les immeubles »personnels de sa femme sans son consentement.«

»Het woord *aliéner* van dit a. moet in zeer algemeenen zin worden opgevat. Men zie daaromtrent DALLOZ, *Rép.*, in voce *Contrat de Mariage*, n° 1305; RODIÈRE et PONT, *Contrat de Mariage*, II, 908; TROPLONG, *Contrat de Mariage*, I, 984. De laatste zegt: »Le mot aliéner dont se sert l'article »1428 est sans limites, il embrasse tous actes quelconques par »lesquels un propriétaire se détache plus ou moins de sa chose.« Iedere vervreemding, iedere verandering van den aard van een onroerend goed valt daar dus onder. Alzoo ook het zich ver-

staan met den *dominus directus* over een nieuwen grondslag voor het erfpachtsregt zijner vrouw, waardoor een regt, dat gebleken is eeuwigdurend te zijn, werd verwisseld in een tijdelijk, opzegbaar regt. D. B. was alzoo onbevoegd die handeling te doen, zonder toestemming zijner vrouw, waarvan niet blijkt. En nu is het Hof van oordeel, en daartegen komt men vooral op, dat door de erfopvolging aan zijne vrouw de nietige handeling van B. niet kon worden bekrachtigd.

»Namens het eischend collegie wordt aldus geredeneerd. Het gevolg van de onbevoegde handeling van B. was hoogstens, dat zijne vrouw tegen de acte van 1855 had kunnen opkomen en dat die tegenover haar niet gold; maar dit neemt niet weg, dat, zooals zou volgen uit de bij het *middel* aangehaalde a. omtrent erfpachtsregt, alsmede de a. 1374, 1376 en 1354 B.-W., die acte den contractant zelven en diens erfgenamen en regtverkrijgenden bond, en dus ook den verw. die gekocht heeft van C. V., die gekocht had van den curator in B.'s onbeheerde nalatenschap.

»Door de erfopvolging van den man aan de vrouw, zegt men, was hier volle vereeniging van beider regten in den persoon van den man. De vrouw kon opkomen tegen de acte van 1855, de man niet, als zijnde dit zijn contract, en het regt der vrouw, op hem overgegaan, ging in zijn persoon te niet; alle actie van de vrouw tegen den man is verdwenen door schuldvermenging volgens a. 1472 B.-W.

»De redenering zou misschien opgaan, indien uit de onbevoegde vervreemding, door den man gedaan, alleen geboren werd eene personele actie van de vrouw tegen den man tot schadevergoeding, nietig-verklaring of iets dergelijks. Dit is echter minder juist. De man staat tegenover het vaste goed zijner vrouw, dat buiten de gemeenschap is, als een derde. Eene vervreemding van het goed, door hem zonder volmagt of toestemming van de vrouw, is de vervreemding van het goed aan een

ander toebehoorende, een *absoluut* nietige daad, en de vrouw kan dergelijk onbevoegdelijk vervreemd goed revindiceren.

»Men zie dienaangaande Dalloz, *l.l.*, no 1313; Rodière et Pont, *l.l.*, II, 911; Troplong, *l.l.*, I, 986; Zachariae, (Massé et Vergé), IV, 106.

»Ware nu later, toen D. B. als erfgenaam van zijne vrouw over het zakelijk regt kon beschikken, de door hem volgens de acte van 1855 gedane handeling bekrachtigd, dan zou ik wel van oordeel zijn, dat dit, nu hier eene volstrekte nietigheid bestaat, *niet* was de bevestiging van het bestaande met terugwerkende kracht, maar *toch* het op nieuw sluiten van het contract, het op nieuw verrigten van hetgeen vroeger verrigt, doch toen van regtsgevolgen verstoken was (zie Prof. Goudsmit, *Pandecten-systeem*, I, bl. 162; Marcadé, VI., bl. 212); maar volgens de feitelijke beslissingen die ik mededeelde, heeft dergelijke bekrachtiging niet bestaan.

»Het is hier, geloof ik, niet de plaats om te onderzoeken of de kerkvoogden eenigerlei personele actie tegen D. B. konden putten uit de door hem onbevoegdelijk gesloten overeenkomst; zooveel is zeker, dat daardoor niets van het zakelijk regt van G. J. is veranderd of kon veranderen; te dien aanzien is het doodgeboren; en ik meen, dat hier de oude regel van toepassing is: *quod ad initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

»Ik neem de vrijheid hierbij te voegen dat von Savigny aan het slot van het 2e boek, 3e kap., van zijn *System*, deel IV, § 203, dezen regel voor bepaaldelijk geldende houdt, in gevallen dat eene regtshandeling ongeldig is door eene verhindering die later wegvalt, en dat alzoo door dat verdwijnen van de verhindering niet de vroegere handeling geldig kan worden, zoodat hij ontkennend beantwoordt de vraag: »Ist bei ungültigen Rechtsgeschäften die Convalescenz zulässig« (deel IV, bl. 555). Hij neemt echter op dien regel twee uitzonde-

ringen aan, waarvan de eerste eene merkwaardige overeenkomst heeft met het onderwerpelijk geval. Zij is deze (II. bl. 559) „Wenn ein Ehemann ein Dotalgrundstück veräuszert, so ist dieses eine nichtige Handlung, fallt ihm aber späterhin die ganze Dos zu, so convalescirt jene Handlung von selbst.” Deze uitzondering is echter niet gebouwd op eenige wetenschappelijke redenering, maar enkel op eene uitdrukkelijke bepaling van het dotaalregt, vervat in de l. 42 *de usucap.* (41, 3). (*) Dergelijke uitdrukkelijke bepaling vindt men echter noch in het Fransche regt, noch in ons regt; en ik geloof, dat daarom te meer moet aangenomen worden, dat de bestaande nietigheid niet door de erfopvolging van den man aan de vrouw is verdwenen.

„Mijne slotsom is dus, dat bij de volstrekte nietigheid van de overeenkomst van 10 Sept. 1855, ten aanzien van de aan G. J. toekomende erfpachtsregten, het Hof teregt heeft geoordeeld, dat *in casu* bestond een erfpachtsregt, uitsluitende des eischers actie, en het *middel* daarom is ongegrond.

„Mijne conclusie strekt tot ontzegging van den eisch aan het eischend collegie, met veroordeeling in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1428, 1134, 1165 en 1122 *C.-N.*, de a. 1374, 1376, 1354, 767, 771, 779, 782, 783, 765, 766, 584, 880, 1078, 1472, 1173, 1174, 1254, 1256, 1257 en 1260 B.-W. en de a. 551 tot en met 562 B.-R., omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de gedaagde, nu verw., had een erfpachtsregt, uitsluitende des eischers actie, en hem gedaagde ontvankelijk en gegrond heeft geoordeeld in zijne tegenspraak;

(*) Zie echter over die uitzonderingen Prof. GOUDSMIT, II., bl. 162, noot 2, en de daar aangehaalde plaatsen van UNGER.

»O., dat het *middel* voor zooveel betreft de beweerde schending en verkeerde toepassing der aangehaalde a. van den *Code Nap.*, en onder anderen van de a. 880, 1078 en 1472 B.-W., in de eerste plaats is gerigt tegen de bij het bestreden arr. aangenomen ongeldigheid der ten processe ingeroepen acte van 10 Sept. 1855, en tegen de verwerping, uithoofde dier ongeldigheid, van eene bij gezegde acte gecontracteerde verandering van eene altoosdurende in eene levenslange erfpacht;

»O., dat die aangenomen ongeldigheid steunt op de onbevoegdheid des bij bedoelde acte gehandeld hebbenden mans, om het als onroerend goed, buiten de huwelijksgemeenschap vallend en aan zijne vrouw in eigendom toebehoorend erfpachtsregt te vervreemden, en dus ook om eene voor onbepaalden tijd aangegane erfpacht in eene levenslange te veranderen, zooals daartoe de onderhavige acte zou strekken;

»O., dat *in facto* vaststaat, dat de nu overleden en bij de acte van 1855 als echtgenoot (zooals *implicite* bij het bestreden arr. is aangenomen) gehandeld hebbende man was de eenige erfgenaam zijner vrouw;

»O., dat ten gevolge van dat erfgenaamschap, naar de a. 880 en 1078 B.-W., hier, waar de nalatenschap niet is aanvaard onder het voorregt van boedelbeschrijving, heeft plaats gegrepen algeheele vermenging van de regten en goederen des mans met die zijner vrouw, zoodat door die vermenging is ontstaan een enkel geheel aan den man toebehoorend *patrimonium;*

»O., dat uit dien hoofde iedere actie tusschen den man en diens vrouw door vermenging is te niet gegaan, en daarmede dus ook alle voor de echtgenooten voortvloeijend verhaal ter zake van staande huwelijk plaats gehad hebbende handelingen en ingrijpingen in elkanders wederkeerige regten;

»O., dat even daarom ook is te niet gegaan het regt der vrouw om tegen het contract van 1855 op te komen, als zouden daarbij hare regten zijn verkort;

„O., dat dus ook de verw., als zijn regt alleen ontleenende van aan den man opgevolgde regtsverkrijgers, geen meer regt kan doen gelden dan dezer allen auteur, en bijgevolg ook niet het, bereids door schuldvermenging te niet gegaan, a. 1428 *C.-N.* rustend regt der vrouw;

„O., dat mitsdien, door zoodanig regt alsnog aan te nemen, en daarop te gronden de nietigheid der meervermelde acte van 1855, a. 1472 B.-W. is geschonden en a. 1428 *C.-N. in casu* ten onregte alsnog is geoordeeld toepasselijk op en voor den verw., als bij opvolging getreden in vermeende, doch te niet gegane regten der vrouw;

„O., dat wijders, wat betreft de bij het *middel* mede beweerde schending en verkeerde toepassing, o. a. der a. 1254 tot en met 1257 B.-W. en der a. 551 tot en met 562 B.-R., dit deel van het *middel* is gerigt tegen den tweeden grond van beslissing van het aangevallen arr., dat namelijk de meerbedoelde acte mede ongeldig zou zijn uithoofde bij de ten processe ingeroepen rangregeling de hypothecaire inschrijving door den eischer, krachtens de acte 1855 genomen, is ter zijde gesteld;

„O., dat echter die rangregeling vooreerst uitsluitend aangaat de daarbij betrokken hypothecaire schuldeischers als zoodanig, en zij, opzigtens de in dit geding tegen elkander overstaande partijen, is eene *res inter alios*, en ten andere ook alleen uit de ter zijdestelling eener hypothecaire inschrijving aangaande de al of niet geldigheid der schuld, waarvoor de inschrijving was genomen, opzigtens den regthebbende op die, *in casu*, hoofdschuld, geen ander regtsgevolg is te trekken dan dat het vaste goed voor die schuld niet meer hypothecair is verbonden;

„O., dat alzoo, door op de ingeroepen acte van rangregeling de ongeldigheid der acte van 1855 te gronden, aan die rangregeling een met de a. 1254 tot en met 1257 B.-W. en de a. 551 tot en met 562 strijdig regtsgevolg is verbonden, en alzoo gezegde wetsbepalingen daardoor verkeerd zijn toegepast;

»O., dat derhalve het aangevoerde *middel* van cassatie is gegrond, en dus de regtsgeldigheid der acte van 1855 en de aanzegging tot ontruiming der opstallen in geschil vaststaande, de in eersten aanleg toegewezen vordering bij het bestreden arr. ten onregte is ontzegd;

»Vernietigt het arr. op 11 Mei 1877 door het geregtshof te Amsterdam tusschen partijen gewezen, waartegen de voorziening is gerigt;

»En doende wat het Hof had behooren te doen;

»Bevestigt het vonnis door de arr.-regtb. te Utrecht op 28 Junij 1877 tusschen partijen gewezen;

»Veroordeelt den verw. in de kosten, in hooger beroep en in cassatie gevallen.»

N° 1592. — Arrest van 8 Mrt. 1878.

(A. 577 volg.; a. 585 B.-W.)

Is het, waar alleen over het bezit, niet over eigendom getwist wordt, onverschillig of de daad, waardoor men de zaak onder zijne magt heeft gesteld, geoorloofd of ongeoorloofd is? — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

»De verw., bewerende door het Domeinbestuur gestoord te zijn in het bezit van eenige slikken, gelegen in of aan de Mosselkreek voor den Anna-Jacobapolder, heeft tegen den eischer in cassatie ingesteld eene possessoire actie, hoofdzakelijk strekkende tot handhaving in het bezit, en aangeboden eenige daadzaken, waaruit zijn bezit zoude blijken, door getuigen te bewijzen.

»Het eischend bestuur verzette zich tegen het aangeboden bewijs, op grond dat de bedoelde slikken, als behoorende

tot de bedding van den stroom, zijn buiten den handel, en dus niet vatbaar voor bezit.

„De regtb. te Zierikzee besliste bij haar vonnis van 22 Julij 1875, dat de ten processe bedoelde slikken vatbaar zijn voor privaat eigendom en mitsdien ook voor bezit, en heeft het aangeboden bewijs toegelaten.

„Eene voorziening in cassatie tegen dit vonnis werd verworpen bij arr. van 19 Mei 1876 (v. d. Hon., *B.-R.* XLI, 261; *Ned. Rspr.* CXIV, 40).

„Dientengevolge heeft de bij het interlocutoir van 22 Junij 1875 toegelaten enquête plaats gehad, en de regtb. te Zierikzee heeft bij vonnis van 27 Febr. 1877 beslist, dat het bezit van den verw. door hem was bewezen en de door den eischer gepleegde feiten moesten worden aangemerkt als stoornis in dat bezit.

„Tegen dit vonnis is de tegenwoordige voorziening gerigt, en worden thans *vijf cassatie-middelen* aangevoerd.

„De vier eerste *middelen* hebben inderdaad geene andere strekking dan om nog eens ter sprake te brengen de reeds bij de behandeling in cassatie van het vonnis van 22 Julij 1875 in toestemmenden zin beantwoorde vraag omtrent de vatbaarheid der gronden in geschil voor bezit.

„Reeds daarom geloof ik, dat die *middelen* thans niet meer onderzocht kunnen worden, daargelaten de vraag of de beweringen, bij die *middelen* gevoerd, ook voor den *judex facti* zijn voorgebragt, hetgeen mij, althans wat het 2e, 3e en 4e *middel* betreft, twijfelachtig voorkomt.

„Wat het onderwerp zelf betreft, waarop die *middelen* betrekking hebben, meen ik mij te mogen refereren aan de vroegere behandeling in cassatie. De vraag of de onderwerpelijke gronden voor privaat bezit vatbaar waren, is toen uit verschillende oogpunten beschouwd en uitvoerig besproken, en ik veroorloof mij dus, zonder in herhaling te treden van de argumenten,

toen voor de bevestigende beantwoording van die vraag aangevoerd, te verwijzen, behalve naar de toenmalige memorie van antwoord van den verw. (thans weder overgelegd), naar uw gemeld arr., de daaraan voorafgegane conclusie en de in laatstgemeld stuk genoemde arrn en adviezen van het O.-M.

„Alleen meen ik nog in het algemeen omtrent de *vier* eerste *middelen* te moeten opmerken, dat hier wordt geageerd ten possessoire; dat bij de verdediging van den nu eischer het voldoende was, dat werd aangetoond, dat de gronden waarvan hier sprake is, vatbaar waren voor bezit, hetgeen door de regtb., bij haar interlocutoir, dat ten dien aanzien de goedkeuring van den H.-R. verwierf, werd aangenomen op grond dat die gronden volgens het oude ambachtsregt, anterieur aan het B.-W., en waaruit dus kunnen verkregen zijn de regten bedoeld bij het „onverminderd„ van a. 577 B.-W., en welk regt ook speciaal heeft beheerscht de slikken in quaestie (15e overw. van het vonnis van 22 Julij 1875), particulier eigendom waren, en dus ook vatbaar zijn voor bezit; en dat de eischer in cassatie thans van den verw. schijnt te vorderen een bewijs van regt op de zaak als *ambachtsheer*, hetgeen in dit proces niet te pas komt.

„Hiermede ga ik over tot het *vijfde middel*, luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 585, 594, 613, 614 B.-W., Kon. besluit van 15 Junij 1856, *St.* n° 62, en dat van 21 April 1862, *St.* n° 41, a. 190 Grw., de a. 1 en 11 van de wet op het vuur-, ton- en bakengeld van 13 Aug. 1849, *St.* n° 40, omdat het vonnis als stoornis aanneemt dat, waartoe de Staat allezins bevoegd is, en als daad van bezit, dat wat iedereen geoorloofd is of was een verboden daad.

„Het feit dat als stoornis is aangenomen, is volgens de 15e overw. van het beklaagde vonnis dit, dat de gedaagde (thans eischer) in de onderwerpelijke slikken en gronden door zijne ambtenaren heeft doen stellen eerst paaltjes, daarna bakens,

zijnde afgekapte boompjes van 2 à 3 meters enz.; en de 17e overw. verwijst, wat den grond betreft, waarop dit feit als stoornis wordt beschouwd, naar het interlocutoir van 10 Aug. 1874, waar werd beslist in de 16e overw.: dat wanneer zoodanig feit plaats grijpt op gronden, die in het bezit van een ander zijn en waardoor aan hem de vrije beschikking over die gronden wordt ontnomen, dit als stoornis moet worden aangemerkt, inzonderheid wanneer daarbij, zooals *in casu*, het bezit wordt ontkend. En deze beslissing acht ik zeer juist. Eene positieve daad, op gronden van een ander, waardoor de vrije beschikking daarover wordt belemmerd, gepaard met tegenspraak van het bezit (en dit alles is *in facto* beslist hier te bestaan) stelt voorzeker stoornis in het bezit daar. Men zie Mr. CONINCK LIEFSTING, *Algemeene Beginselen van het bezitregt*, bl. 337 volgg., en vergelijke uw arr. van 26 April 1872 (v. D. HON., *B.-R.* XXXVII, 97).

„Men beroept zich echter op a. 1 en 11 der wet op het vuur-, ton- en bakengeld, waaruit men wil opmaken, dat de eischer in cassatie bevoegd was de daad die hij pleegde, te verrigten.

„A. 11 dier wet spreekt van het van Rijkswege plaatsen van lichten, tonnen en bakens in de verschillende wateren, ten gerieve van de scheepvaart. Maar ik doe opmerken, dat niet is bepaald, dat het Rijk ook op gronden van anderen dergelijke bakens mag stellen, en dat hier bezitbetwisting plaats heeft; voorts dat hier geen sprake is van afbakening ten behoeve van de scheepvaart, maar dat uit het laatste gedeelte van de 15e overw. van het beklaagde vonnis volgt, dat de afpaling, met betwisting van het bezit van den verw. heeft plaats gehad om de afgepaalde perceelen als mosselbanken uit te geven en te verhuren. De wet staat dan ook wel het stellen van bakens toe aan den Staat, in het algemeen belang uitoefenende politie-gezag, maar niet aan den Staat, zooals die

hier ontegenzeggelijk heeft gehandeld, door middel van het Domeinbestuur als beheerende de privaat-eigendommen van den Staat.

„Wat het bezit betreft, de daden waaruit dit wordt opgemaakt worden vermeld in de 13e overw. van het vonnis, en daaruit wordt in de 14e overw. afgeleid, dat deze, in verband beschouwd met den aard en de aaneengesloten ligging der slikken en gronden, en met de omstandigheid, dat de eischer de eenige is geweest, die daarop daden van bezit heeft verrigt, bewijzen dat de eischer (nu verw.) tijdens de stoornis was de bezitter dier slikken en gronden.

„Deze beslissing is *facti*. Aan den regter is het overgelaten in ieder bijzonder geval uit te maken of uit de ten processe vaststaande feiten blijkt, dat er een houden en genieten der zaak is geweest, dat als bezit der zaak behoort te worden aangemerkt. Dit werd ook zoo beslist bij het bij pleidooi aangehaald arr. van den H.-R. van 17 Dec. 1875 (v. d. Hon., *B.-R.*, XL, 480).

„Of de daad, waardoor men de zaak onder zijn magt heeft gesteld, geoorloofd of ongeoorloofd is, doet hier, waar alleen over bezit, niet over eigendom getwist wordt, niets ter zake. Bovendien geloof ik dat de Kon. besluiten, waarop een beroep wordt gedaan om het ongeoorloofde van de handelingen van den verw. aan te toonen, hier niet van toepassing zouden zijn.

„Ik ben van meening, dat geen der voorgestelde *middelen* tot cassatie zal kunnen leiden en heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Ten aanzien van de beide eerste *middelen* van cassatie, luidende:

„*het eerste:* schending of verkeerde toepassing van de a. 577, 578, 594, 646, 651, 652 B.-W., de a. 538, 556,

557, 560, 561 *C.-N.*, ook in verband met de a. 1, 2; 3, 4 van het decreet *sur l'administration et l'entretien* der polders, van 11 Jan. 1811, de a. 433, 448 W.-Nap., ingerigt voor het Koningrijk Holland, omdat:

„1°. bij het beklaagde eindvonnis wordt gehandhaafd bezit van een deel van het bed eener bevaarbare en vlotbare rivier, hetgeen strijdig is met ons burgerlijk regt, tenzij antérieur aan de invoering van het thans geldend Burg.-Wetb., op den in geschil zijnde bodem een regt verkregen was door titel of bezit, en bij het vonnis niets is gebleken hetzij in het algemeen, hetzij in het bijzonder, òf opzigtens den oorspronkelijken eischer zelven, òf opzigtens iemand anders, noch van eenigen titel, noch van eenig tot verkrijg voldoend bezit, noch van eenig hoegenaamd ook bezitten of houden vóór Oct. 1838, en alzoo niet van eenig verkregen regt vóór de invoering van het thans geldend Burg.-Wetb.;

„2° vóór Oct. 1838 onder vigueur van het Fransche regt, regt of bezit op gronden, als thans in geschil, ten eenenmale waren onbestaanbaar, en voor zooverre toen bezit van eenig „atterrissement" in de bevaarbare of vlotbare rivier bestaanbaar was, van den daarvoor onmisbaren titel of verjaring niets is gebleken;

„3°. dit evenzeer onbestaanbaar was met het regt dat voor de invoering van het Fransche regt hier te lande geldende was;

„het *tweede:* schending van de hiervoren aangehaalde wetsbepalingen, a. 146 Grw., de wet van 16 Mei 1829, *St.* n° 33, a. 15 van het decreet van 26 Apr. 1810 (*Bulletin des Lois* n° 284), a. 1 van het decreet van 19 Oct. en dat van 8 Nov. 1810 (*Bulletin des Lois* n° 327), en de a. 1, 2, 3 der wet van 24 Sprokkelmaand 1809, voor zooverre het vonnis eenig afzonderlijk, het bed der rivier of de aanwassen van de oeverlanden regelend regt, hetzij zoogenaamd ambachtsregt, ambachtsheerlijk regt, of dergelijk algemeen provinciaal regt heeft

erkend, hetzij als nog vigerende, hetzij als vóór 1838 of vóór de invoering van het Fransche regt gevigeerd hebbende;

»O., dat deze *middelen* de strekking hebben om aan een nieuw onderzoek in cassatie te onderwerpen de vraag: of de ten processe bedoelde slikken al of niet teregt op grond van de slotbepaling van a. 577 B.-W., zijn geoordeeld voor privaat eigendom en dus ook voor bezit vatbaar te zijn, welke vraag, na daarover gevoerd contest, in bevestigenden zin is beantwoord bij het op 22 Junij 1875 in deze zaak gewezen interlocutoir, tegen welk vonnis de ook nu eischer in cassatie bij vroegere voorziening is opgekomen, met het gevolg dat zijn beroep bij arr. van den H.-R. van 19 Mei 1876 is verworpen;

»O., dat na regtspraak in cassatie de daarbij besliste punten tusschen partijen vaststaan, en het derhalve niet aangaat het debat daarover te heropenen;

»O., dat uit dien hoofde alleen mag worden onderzocht de bij het bestreden vonnis gegeven beslissing, dat bij eene actie als deze van den eischer niet wordt gevorderd het bewijs dat hij is de wettige houder van een aan de invoering van het B.-W. anterieur regt op het voorwerp van het bezit, maar enkel dat er, bij de invoering van dat regt, een zoodanig bijzonder regt op het voorwerp, *in casu* de bedoelde slikken, bestond;

»O., dat de regtb. met dit laatste kennelijk bedoelt, dat het bewijs voldoende is, dat de gronden deel hebben gemaakt van een ambacht, ten bate van wiens heer de daaraan aangroeijende aanwassen, volgens Zeeuwsch ambachtsregt, kwamen, naar welk vereischte de regtb., blijkens de 15e overw. van voormeld interlocutoir, onderzoek heeft gedaan en daarbij bevonden dat de gronden van den verw. in cassatie zijn eene aanslibbing van de voormalige heerlijkheid Bruinisse, zoodat om die reden het Zeeuwsche ambachtsregt daarop toepasselijk is;

»O., dat de regtb. mitsdien niet, zooals de eischer beweert, met »verkregen regt« heeft verward de mogelijkheid om, de

daartoe gevorderde vereischten aanwezig zijnde, dat regt te verkrijgen, maar wel degelijk op de aanwezigheid van die vereischten heeft gelet, en enkel de onjuiste stelling heeft verworpen, dat de oorspronkelijke eischer, nu verw., in dit possessoir geding zou moeten bewijzen, dat hij zijn bezit ontleent aan predecesseuren, welke tot dat bezit als eigenaren geregtigd waren, welk bewijs alleen van een eischer ten petitoire kan worden gevorderd;

"O. voor wat betreft het beweren, dat voor het alsnog bestaan van de aan het slot van a. 577 vermelde verkregen regten zou moeten zijn geleverd het bewijs dat de uitoefening daarvan na 1798 heeft voortgeduurd, als uitoefening van een gewoon privaatregt en dus als zoodanig bijbehouden, — dat het onderzoek naar het al of niet juiste van die stelling wordt afgesneden, deels door den zamenhang daarvan met de reeds in cassatie beslistte punten, en deels doordien, blijkens het beklaagde vonnis, dat nu beweerd vereischte in de instantie voor den eersten regter niet is ter sprake gebragt, noch op het thans verlangd bewijs is aangedrongen;

"O., dat uit dit een en ander volgt, dat het *eerste middel* in al zijne onderdeelen en insgelijks het *tweede middel* van cassatie zijn onaannemelijk;

"Ten aanzien van het *derde middel* van cassatie, luidende: schending of verkeerde toepassing van de a. 585, 594, 613, 614 B.-W., de Kon. besluiten van 15 Junij 1856, *St.* n° 62, en dat van 21 Apr. 1862, *St.* n° 41, a. 190 Grw., de a. 1 en 11 van de wet op de vuur-, ton- en bakengelden van 13 Aug. 1849, *St.* n° 40, omdat het vonnis als stoornis aanneemt, dat waartoe de Staat allezins bevoegd is, en als daad van bezit, dat wat iedereen geoorloofd is, of was eene verboden daad;

"O., dat door de 15e en 17e overw. van het beklaagde vonnis in verband met het eerste in deze zaak gewezen interlocutoir van 10 Aug. 1874, als uitgemaakt moet worden aan-

genomen, dat, tijdens de oorspronkelijke eischer de bedoelde slikken in bezit had, de Staat daarop door zijne ambtenaren, met ontkentenis van dat bezit, paaltjes en bakens heeft doen plaatsen en den oorspronkelijken eischer daardoor in de vrije beschikking over voormelde, door hem bezeten slikken heeft belemmerd;

»O., dat eene dergelijke handeling ongetwijfeld de kenmerken draagt van aanmatiging van beschikking, ten nadeele van het bezit van den verw. in cassatie, en derhalve met juistheid als »stoornis van dat bezit« is aangemerkt;

»O., dat de eischer in cassatie dit bestrijdt, enkel op grond van de a. 1 en 11 der wet van 13 Aug. 1849, *St.* n° 40, regelende het bedrag en de wijze van heffing van het vuur-, ton- en bakengeld, doch dat uit de omstandigheid, dat in die a. wordt gewag gemaakt van de door den Staat aan de scheepvaart, door verlichting, betonning en afbakening bewezen wordende diensten, volstrekt niets volgt omtrent de bevoegdheid waarop de eischer zich hier beroept, en zulks vooral niet, omdat aan den eischer in de qualiteit, waarin hij hier, als beheerder van 's lands privaat vermogen, heeft gehandeld, de bedoelde zorg voor de scheepvaart niet is opgedragen;

»O., dat de eischer, evenzeer ten onregte, opkomt tegen de gronden, waarop de regtb. het door den verw. in cassatie bezitten van de bedoelde slikken aanneemt;

»O., dat die gronden in substantie hierop neerkomen, dat uit de quaestieuse slikken sedert 1856 voortdurend, op last van den nu verw., voor de werken aan zijne polders grond is gegraven; dat dit uitgraven is geschied op- en nabij de plaats, waar de Staat, toen hij den verw. in zijn bezit stoorde, paaltjes en bakens heeft doen stellen; dat de bedoelde slikken voor nagenoeg geen andere daden van bezit dan uit- en afgraven, vatbaar zijn, en dat de oorspronkelijke eischer de eenige is geweest, die daarop die daden heeft verrigt;

„O., dat deze feiten niets behelzen wat met de bepaling van „bezit„ in a. 585 B.-W. zoude zijn onvereenigbaar; dat, met name, daaruit geenszins volgt, dat de nu verw. de quaestieuse slikken niet zoude hebben gehad in zijne magt *animo domini*, terwijl de verdere feitelijke waardering van het ten processe gebleken, met het oog op dit een en ander, behoort tot de attributen van den feitelijken regter;

„O., dat de eischer in cassatie dan ook vruchteloos de bij het *middel* aangehaalde Kon. besluiten bijbrengt ten betooge, dat het een ieder zoude vrijstaan de quaestieuse slikken uit te graven, zoodat daarin geen blijk van uitsluitend bezit zoude kunnen zijn gelegen, vermits noch de aard, noch de strekking van die besluiten medebrengen, dat zij het regt tot uitgraven zouden kunnen verleenen, maar daarin enkel voorschriften worden aangetroffen, welke bij het baggeren moeten worden in acht genomen, terwijl overigens het al of niet geoorloofde van eene handeling van geenerlei beteekenis is met betrekking tot de vraag, of daarin al dan niet een blijk van bezit is te vinden;

„O., dat mitsdien ook het *derde middel* van cassatie is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie.„

N° 1593. — Arrest van 15 Mrt. 1878.

(A. 36 K; a. 5, n° 2, 2e lid, B.-R.)

Heeft het Hof door te oordeelen dat de naamlooze vennootschap, nu verwee, optredende gelijk zij deed, aan het voorschrift der wet heeft voldaan, a. 5, n° 2, lid 2, B. R. met juistheid toegepast? — JA.

Kan door eene bijzondere bepaling het beheer der naamlooze

vennootschap betreffende, worden gederogeerd aan eene wetsbepaling, die de proces-orde regelt, speciaal aan a. 5, *n*° 2, *lid* 2. *B.-R.?* — NEEN.

De Maatschappij van chemische industrie te Amsterdam heeft zich bij dagvaarding in cassatie voorzien tegen een arr. van het Geregtshof te Amsterdam van 12 Oct. 1877 tusschen haar, als appellante van een vonnis der arr.-regtb. aldaar dd. 28 Nov. 1876, en de Maatschappij tot houtbereiding tegen bederf aldaar, en wel op de volgende gronden:

„A. bij gemeld arr. zijn geschonden en verkeerd toegepast a. 5 B.-R. en a. 36 K, *primo* omdat het Hof daarbij — of met de eisch[sse] in cassatie aannemende, dat volgens de onderwerpelijke acte van naamlooze vennootschap directeur en commissarissen zijn belast haar in regten te vertegenwoordigen, of althans zonder dit noch het tegendeel *in facto* te beslissen, echter die stelling als uitgangspunt aannemende — a. 36 in dien zin opvat, dat de naaml. vennootschap in regten niet door haar Bestuur kan worden vertegenwoordigd en dat derhalve bij de akte van vennootschap door de vennooten vruchteloos zal worden bepaald dat het bestuur der vennootschap haar in regten zal vertegenwoordigen; en *secundo* omdat het arr. in verband daarmede, de bepaling van a. 5, n° 2, al. 2, B.-R. in dier voege toepast, dat wanneer een handelsvereeniging in regten optreedt haar naam alleen moet worden gebruikt en de naam van hen, die bij de statuaire bepaling der handelsvereeniging zijn aangewezen, om haar in regten te vertegenwoordigen en voor haar op te treden, niet volgens den aanhef van gemeld a. 5 in de dagvaarding behoort te worden opgenomen.”

Op deze gronden werd verw[sse] gedagvaard om bij arr. van den H.-R. gemeld arr. en vonnis te hooren vernietigen en door den H.-R. alsnog te hooren verklaren, dat de door de thans eisch[sse] in cassatie bij den eersten regter voorgestelde exeptie is gegrond

en mitsdien de tegen haar bij dien regter ingestelde vordering en genomen conclusie is niet-ontvankelijk, alles met veroordeeling der verwsse in cassatie in de kosten van eersten aanleg, appel en cassatie.

Voor de verwsse is in dezer voege geconcludeerd:

»A. het bekl. arr. geenszins ontkent dat naaml. vennootschappen van koophandel door bestuurders worden vertegenwoordigd, maar alleen dat de namen enz. dier vertegenwoordigers op straf van nietigheid moeten worden vermeld in de dagvaarding, waarbij zulk een vennootschap in regten optreedt;

»A. deze ontkentenis in geen enkel opzigt is in strijd met a. 36 K., maar integendeel in volkomen overeenstemming met a. 5, n° 2, B.-R.;

»A. uit deze wetsbepaling notoir volgt, dat, terwijl physieke personen niet anders in regten kunnen verschijnen dan met uitdrukking in de dagvaarding van hunne namen enz., naaml. vennootschappen van Kooph., ofschoon door Bestuurders vertegenwoordigd, niettemin in regten kunnen verschijnen met enkele vermelding in de dagvaarding van hare benaming, welke vermelding alsdan in de plaats treedt van voorschreven vermelding van namen enz.;

»A. *in facto* vaststaat, dat de benaming der verwsse, oorspronkelijk eischeresse, in het van harentwege beteekend exploit van dagvaarding behoorlijk is uitgedrukt, zoodat aan den eisch der wet volkomen is voldaan;

»A. het door de eischeresse voorgestelde *middel* van cassatie mitsdien van allen grond is ontbloot;

»Zoo concludeert Mr. J. G. ROCHUSSEN, als advokaat van de verwsse, dat bij arr. van den H.-R. der N. het door de eischeresse ten dezen ingestelde beroep in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten.»

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„Het voorgestelde *cassatie-middel* is gesplitst in *twee* deelen. Bij het *eerste* wordt beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 36 K., omdat het Hof bij zijn arr., òf met de eisch[sse] in cassatie aannemende, dat, volgens de onderwerpelijke acte van naamlooze vennootschap, directeur en commissarissen zijn belast haar in regten te vertegenwoordigen, òf althans, zonder dit noch het tegendeel *in facto* te beslissen, echter die stelling als uitgangspunt aannemende, a. 36 in dien zin opvat, dat de naamlooze vennootschap in regten niet door haar bestuur kan worden vertegenwoordigd en dat derhalve bij de acte van vennootschap door de vennooten vruchteloos zal worden bepaald, dat het bestuur der vennootschap haar in regten zal vertegenwoordigen.

„Het Hof maakt uit, dat de Maatschappij tot houtbereiding tegen bederf is eene naamlooze vennootschap van koophandel, opgerigt met Kon. bewilliging, bij notarieel verleden acte, en dat aan de, door de wet voorgeschreven vormen van openbaarmaking is voldaan; dat haar zetel is gevestigd te Amsterdam; dat de dagvaarding *in casu* is gedaan ten verzoeke van die Maatschappij, en dat bij de vermelding daarvan is gevoegd aanwijzing van haren zetel, en nog verder van haar kantoor.

„Ik acht het zeer te betwijfelen of feitelijk vaststaat, dat, volgens de Statuten, de directeur en de commissarissen met de vertegenwoordiging van die maatschappij in regten zijn belast, maar wel blijkt, dat het Hof, uit die stelling redenerende, toch van oordeel is, dat het hier voldoende is, dat de benaming van de naamlooze vennootschap in de dagvaarding is uitgedrukt, en dat het niet noodig is, zooals werd beweerd, dat die dagvaarding de namen van directeur en commissarissen inhield.

„Ik kan echter in het arr. niet lezen, dat het Hof uit a. 36 K. opmaakt, zooals het *middel* wil, dat eene naamlooze vennootschap niet in regten door haar bestuur zou kunnen worden

vertegenwoordigd. Uit a. 36 wordt door het Hof niets afgeleid dan dat wat er ondubbelzinnig en woordelijk in staat uitgedrukt, nl. dat eene naamlooze vennootschap niet draagt den naam van een of meer vennooten, maar zij hare benaming ontleent aan het voorwerp barer handelsonderneming. De bedoelde juridieke beslissing van het Hof berust echter op a. 5, no 2, B.-R., en daarop heeft betrekking het *tweede* gedeelte van het *middel*, waarbij dit a. als geschonden of verkeerd toegepast wordt voorgesteld, omdat dit in dier voege is toegepast, dat, wanneer eene handelsvereeniging in regten optreedt, haar naam alleen moet worden gebruikt en de naam van hen, die bij de statuaire bepalingen der handelsvereeniging zijn aangewezen, om haar in regten te vertegenwoordigen en voor haar op te treden, niet volgens den aanhef van gemeld a. 5 in de dagvaarding behoort te worden opgenomen. Wederom is a. 5 B.-R. door het Hof niet anders geinterpreteerd dan naar den woordelijken inhoud, nl. dat, wanneer de eischende of verwerende partij eene corporatie, maatschap of handelsvereeniging is, deze hare benaming in de plaats van naam en voornaam in de dagvaarding *moet* worden uitgedrukt; en aan dit voorschrift is voldaan, zegt het Hof, nu de thans verwerende vennootschap heeft gedagvaard en als eischeresse is opgetreden, onder de benaming, die in overeenstemming met de wet (a. 36 K.) de hare is. Het Hof voegt er bij, dat, evenmin door de bedoelde voorwaarde, als door eenige andere voorwaarde der statuten, betreffende het beheer der vennootschap, aan die wetsbepaling kan worden gederogeerd; en dit is volkomen in overeenstemming met de m. i. juiste beslissing van den H.-R. in het arr. van 3 Junij 1870 (v. D. HON., *B. R.* XXXV, 18), betreffende eene actie, ingesteld door de Ned. Bank, welke beslissing inhoudt, dat de statuten der Ned. Bank, als niet zijnde eene wet of daarmede gelijkstaande verordening en alzoo geheel ondergeschikt aan de wet, behooren te worden opgevat overeenkomstig hare

voorschriften en al waren zij in strijd met de *wet*, nimmer aan haar zouden kunnen derogeren.

„Bovendien zou de eenige grief die men hier konde hebben, deze zijn, dat de bepalingen der statuten waren geschonden; daarover wordt echter niet geklaagd en eene dergelijke klagte zou ook vruchteloos zijn, omdat de schending van zoodanige bepalingen geen grond tot cassatie zoude kunnen opleveren.

„Het *middel* komt mij ongegrond voor, en ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening met veroordeeling van de eisch^sse in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 5 B.-R. en a. 36 K., 1o omdat het Hof daarbij — òf met de eisch^sse in cassatie aannemende dat, volgens de onderwerpelijke acte van naamlooze vennootschap, directeur en commissarissen zijn belast haar in regten te vertegenwoordigen, òf althans, zonder het tegendeel *in facto* te beslissen, echter die stelling als uitgangspunt aannemende — a. 36 in dien zin opvat, dat de naamlooze vennootschap in regten niet door haar Bestuur kan worden vertegenwoordigd, en dat derhalve bij de acte van vennootschap door de vennooten vruchteloos zal worden bepaald, dat het Bestuur der vennootschap haar in regten zal vertegenwoordigen; en 2o omdat het arr. in verband daarmede, a. 5 no 2, al. 2, B.-R. in dier voege toepast, dat, wanneer eene handelsvereeniging in regten optreedt, haar naam alleen moet worden gebruikt, en de naam van hen, die bij de statuaire bepalingen zijn aangewezen om haar in regten te vertegenwoordigen en voor haar op te treden, niet volgens den aanhef van gemeld a. 5, in de dagvaarding behoort te worden opgenomen;

„O., wat het eerste onderdeel van het *middel* aangaat, dat in de 10^e overw. van het arr. wel wordt gezegd, dat de stelling van de eisch^sse, als zoude niet de benaming van de

naamlooze vennootschap van koophandel, maar de namen van directeur en commissarissen in de dagvaarding moeten zijn uitgedrukt, omdat, krachtens de statuten, deze personen met de vertegenwoordiging in regten zijn belast, niet opgaat met het oog op a. 36 K., maar dat daarbij enkel eene redenering of gevolgtrekking uit dat artikel wordt gemaakt, welker juistheid niet behoeft te worden onderzocht, terwijl, blijkens het vervolg dier overw., 's Hofs beslissing omtrent de bewering van de eischeresse hierin bestaat, dat door geene voorwaarde der statuten, betreffende het beheer der vennootschap, kan worden gederogeerd aan de wetsbepaling die de proces-orde regelt, namelijk in a. 5, n° 2, 2e lid, B.-R., en dus enkel die bepaling hier werkelijk is toegepast;

„O., dat het *eerste* deel van het *middel* tegen die bepaling of dit bijzonder gedeelte van gemeld a. niet is gerigt, en derhalve schending of verkeerde toepassing daarvan alleen in aanmerking komt bij het *tweede* deel, waarbij deze wordt beweerd;

„O. te dien aanzien, dat het Hof, vermits *in facto* vaststond dat de verwsse is eene naamlooze vennootschap, als zoodanig hebbende eene eigene benaming, en dat zij als eischsse onder die benaming bij de dagvaarding is opgetreden, door te oordeelen dat de verwsse, alzoo opgetreden zijnde, aan het voorschrift der wet heeft voldaan, a. 5, n° 2, 2e lid, B.-R. met juistheid heeft toegepast, als zijnde daarbij voor dit geval met zoovele woorden bepaald: „Indien de eischende of „verwerende partij eene corporatie, maatschap of handelsver„eeniging is, zal deze hare benaming in de plaats van naam en „voornaam moeten worden uitgedrukt„;

„O., dat het Hof daarbij tevens niet minder juist heeft beslist, dat deze wetsbepaling, die de proces-orde regelt, — en alzoo niet of niet uitsluitend betreft de regten der vennooten — door geene bijzondere bepalingen omtrent het beheer der vennootschap hare kracht kan verliezen;

»O., dat het voorgestelde *middel* alzoo in beide zijne deelen is ongegrond;

»Verwerpt het beroep in cassatie;

»Veroordeelt de eischeresse in de kosten.«

No 1594. — Arrest van 22 Mrt. 1878.

(A. 672 en 673 B.-W.)

Is de verpligting aan erven die lager liggen opgelegd ten behoeve van degene die hooger gelegen zijn het water te ontvangen, hetwelk daarvan natuurlijk afloopt, beperkt tot het aangrenzend *lager gelegen erf?* — Neen.

Is de beslissing, tusschen welke hooger en lager gelegen erven de in a. 673 *B.-W. bedoelde regten en verpligtingen bestaan, van geheel feitelijken aard en afhankelijk van de plaatselijke gesteldheid?* — Ja.

Zijn a. 672 *en* 673 *B.-W. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat de afloop van het water niet opgehouden heeft natuurlijk te zijn, al hebben de eigenaren van lager gelegen erven van pompen, duikers, slooten of andere werken gebruik gemaakt om het van hoogere erven afkomend water zoo schadeloos mogelijk over hun terrein te leiden?* — Neen.

Is een beroep op a 673 *al.* 2 *B.-W., ingesteld door den eigenaar van het erf dat hooger ligt tegen den eigenaar van het lager gelegen erf tot wegneming van den geheelen de uitwatering belettenden dam en een dienvolgens gegeven bevel van den regter tot opruiming van den dam, in zijn geheel in strijd, hetzij met a.* 672 *en* 673, *hetzij met a.* 625 *B.-W.?* — Neen.

Kunnen de wetsbepalingen betrekkelijk de subsidiaire vordering verkeerd zijn toegepast, waar toewijzing der primaire vordering een onderzoek der subsidiaire overtollig maakte? — Neen.

Tegen het arr. van het Geregtshof te Leeuwarden dd. 20 Junij 1877 zijn de volgende *cassatie-middelen* door den eischer voorgedragen:

»1° schending of verkeerde toepassing van a. 672 en 673 B.-W.,

door aan te nemen, dat de bij dagvaarding aangewezen perceelen van den eischer in cassatie waren naburig aan de gelibelleerde gronden van de ged^e^ en mede op grond dier naburigheid hare vordering tegen dien eischer toe te wijzen; — alzoo door de genoemde a. zoodanig op te vatten, dat eensdeels daar ook wordt gehandeld over erven, die *niet aan elkander grenzen*, maar door verschillende andere erven gescheiden zijn, en anderdeels, — is dit geoorloofd — dan de naburigheid niet te doen afhangen van de vraag of door de verhooging van een lager land het hooger land door die verhooging in zijn water of loop belemmerd wordt;

„2o door die a. toepasselijk te achten op waterlossing door slooten en pompen, — d. i. op een afloop van water door middel van kunstwerken en niet ten gevolge van den natuurlijken toestand der wederzijdsche erven;

„3o door het wegnemen van den dam te bevelen, met vergoeding van kosten, schaden en interest, die door eischer van cassatie gelegd was in eigen sloot, en niet voor zoover die dam hooger was dan het vlak der landen, waartusschen de sloot zich bevond, of die dam verhevener was dan hoogerop gelegen dammen, maar in zijn geheel, en mitsdien de eigenaar verder in de vrijheid van beschikking over zijn eigendom te beperken dan het dulden der natuurlijke verpligting vordert, waardoor a. 625 B.-W. onmiskenbaar is geschonden;

„II. verkeerde toepassing van de a. 672, 673, benevens schending en verkeerde toepassing van de a. 701, 721, 722, 729, 627, 742 tot en met 746 B.-W. door tegen de uitdrukkelijke bepaling van a. 701 een regt van waterloop te geven door een sloot van den eischer in cassatie, ten behoeve van de niet aangrenzende landen van de thans gedaagde, alzoo *virtualiter* een dienstbaarheid van waterloop te erkennen, en dat zonder eenige der middelen van verkrijg bij de a. 742 tot en met 746 omschreven.

De conclusie van den eischer strekt daartoe: dat de H.-R. zal vernietigen het voorzegde arr. van 20 Junij 1877 van het geregtshof te Leeuwarden, en, op nieuw regtdoende, zal vernietigen het appel door de thans gedaagde ingesteld van het vonnis der regtb. te Heerenveen, tusschen partijen gewezen op 21 April 1877, en zal bevestigen dat vonnis, met veroordeeling der thans gedaagde in de kosten op dat hooger beroep gevallen en in die van cassatie.

Voor de verw^sse is de volgende conclusie genomen:

„A. bij het *eerste middel* van cassatie de schending of verkeerde toepassing der a. 672 en 673 B.-W. in drie opzigten beweerd wordt;

„A. in de *eerste* plaats wordt geklaagd, dat die a. zijn toegepast op erven die „niet aan elkander grenzen;„

„A. intusschen, opdat een lager gelegen erf verpligt zij het van het hooger erf natuurlijk afloopend water te ontvangen, de wet het *aan elkander grenzen* niet vordert, terwijl die voorwaarde evenmin uit den aard van dit wettelijk servituut voortvloeit en eischers leer, dat contiguiteit zou zijn een voorwaarde voor 't regt van waterafloop, dan ook noch in de jurisprudentie, noch bij gezaghebbende auteurs eenigen steun vindt;

„A. *subsidiair* er het arr. een grief van gemaakt wordt, dat het „de naburigheid niet heeft doen afhangen van de vraag of door de verhooging van een lager land het hooger land door die verhooging in zijn waterloop belemmerd wordt;„

„A. de verw^sse de oplossing, zoo noodig, dezer objectie zal moeten uitstellen totdat de eischer haar eenigzins nader zal hebben toegelicht, daar voorshands de bedoeling der aangehaalde phrase haar ten eenenmale onbegrijpelijk is en zij in het aangevallen arr. te vergeefs naar eenige feitelijke of juridieke beslissing heeft gezocht, waaraan eischers raadselachtige grief zich zou laten vastknoopen.

„A. als *tweede* grief wordt aangevoerd, dat de aangehaalde

a. zouden zijn toegepast op »waterlossing door slooten en pompen, d. i. op den afloop van water door middel van kunstwerken en niet tengevolge van den natuurlijken toestand der wederzijdsche erven«;

»A. de geciteerde bepalingen echter van een »natuurlijken toestand der wederzijdsche erven niet gewagen,« maar wèl in a. 673 als voorwaarde voor het regt van waterafloop gesteld wordt, dat het water van het hooger erf natuurlijk afloope zonder dat sulks door 's menschen toedoen bevorderd worde;

»A. nu wat deze door de wet gestelde voorwaarde betreft, het niet blijkt dat de eischer ooit heeft beweerd, dat de waterafloop van der verw^sse^ landen naar het land des eischers, in plaats van natuurlijk te zijn, door 's menschen toedoen zou zijn in het leven geroepen of kunstmatig zou zijn bevorderd, en dergelijke beweringen derhalve in cassatie niet kunnen worden aangenomen;

»A. overigens, waar de eigenaar van het *lager* gelegen land goedgevonden heeft om het van het hoogerop gelegen land natuurlijk afkomende water op zijn erf voort- en af te leiden in en door waterlossing, slooten of pompen, het arr. teregt heeft beslist, dat die handelingen des eischers niets kunnen afdoen aan het regt van de verw^sse^, te minder waar feitelijk vaststaat, dat deze laatste in de verte zelfs niet is beweerd door haar toedoen of door toedoen van haren meijer iets te hebben ondernomen om den afloop in de aangegeven rigting te bevorderen;

»A. de in de eerste plaats aangevoerde grief daarop neerkomt dat de verw^sse^ geen regt zou hebben gehad om de *geheele* opruiming van den door eischer opgeworpen dam te vragen, doch slechts een gedeeltelijke opruiming had mogen eischen;

»A. die grief wordt aangedrongen met het feitelijk beweren, dat niet de geheele opgeworpen dam, doch slechts het opperste gedeelte er van zou schaden aan den waterafloop waarop de verw^sse^ regt heeft;

„A. intusschen dit feitelijk beweren in het arr. geen steun vindt en dan ook deze thans gesustineerde niet-ontvankelijkheid der actie, als zou zij meer eischen dan aan de verw^sse zou toekomen, voor den *judex facti* niet is voorgedragen, weshalve zij in cassatie niet voor het eerst kan worden aangevoerd;

„A. wat het *tweede middel* van cassatie betreft, de verw^sse hier volstaan kan met op te merken, dat van toekenning van een servituut, anders dan een zoogenaamd wettelijk servituut, bij het arr. geen sprake is, en dat waar bij het arr. de a. 672 en 673 B.-W. juist zijn toegepast (het tegendeel waarvan de eischer bij zijn *eerste middel* vergeefs heeft trachten aan te toonen), het onmogelijk is dat daardoor andere bepalingen der wet kunnen zijn geschonden;

„Zoo concludeert Mr. B. M. Vlielander Hein, als advokaat van de verw^sse in cassatie, dat bij arr. van den H.-R., het ten deze door den eischer ingestelde beroep zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

In deze zaak heeft de Proc.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

„Tegen het arrest door het Geregtshof te Leeuwarden 20 Junij jl. in hooger beroep tusschen partijen gewezen, wordt als *eerste middel* van cass. aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 672 en 673 B.-W.

„Dit *middel* berust op *drie* gronden. De eerste grond is gerigt tegen de 9^e overw. *quoad jus*, waarbij is overwogen dat het vereischte van *naburigheid* in de voornoemde a. niet in dien beperkten zin, in strijd met het spraakgebruik, mag worden opgevat, alsof de erven *onmiddellijk* aan elkander zouden moeten *grenzen* of *belenden;* en de naburigheid der gelibelleerde erven dan ook teregt door den regter *a quo* is aangenomen.

„Ik geloof, dat die overw. juist is, en ik vereenig mij daaromtrent geheel met datgene wat door den geachten raadsman der verw^sse is aangevoerd. De regten, waarvan in dezen titel de

rede is, zijn welligt teregt niet beschouwd als eigenlijke erfdienstbaarheden. (Vgl. DALLOZ, voce *Servitudes* n° 77), zij zijn daaraan toch verwant; en het blijkt niet, dat de wetgever het woord *naburig* in een anderen zin heeft gebezigd dan daaraan in het gewone spraakgebruik, en in het regtsinstituut der erfdienstbaarheid wordt gehecht.

»BESCHERELLE, *Dictionnaire*, voce *Voisinage*, zegt: *la proximité d'un lieu à l'autre;* Vgl. WAARDENBURG, *de vicinorum dominorum juribus* cet., Utrecht, 1856. PUCHTA, *Lehrbuch der Institut.* leert Th. II, § 254, no 3, pg. 761: »Man kan dieses Erforderniss »*Vicinität* nennen; nur hat man dabei nicht an ein unmittel-»bares Anstossen der beiden Grundstücke als *durchgängige* »*Bedingung* zu denken.« De locale toestand, de ligging der landen tot elkander, komt uitsluitend in aanmerking bij de vraag of zij *naburige* erven zijn. Er zijn in den titel onderscheidene bepalingen, waarbij het aan elkander grenzen der erven een vereischte is: dit is echter niet het geval in a. 672 en 673. Hetzelfde leert ook DEMOLOMBE n° 20 op a. 640 *C.-Civ.* »il »n'est pas nécessaire que les deux héritages soient attenants »l'un à l'autre«, en ook de jurisprudentie is in dien zin. Zie CREMERS', *Aanteek. op a.* 673. Ik mag echter niet verzwijgen dat POTHIER eene andere definitie geeft, T. II. pg. 453, edit. Belge. Hij zegt: »Le voisinage est un quasi-contrat, »qui forme des obligations réciproques entre les voisins, c'est »à dire entre les propriétaires d'héritages *contigus* les uns »aux autres«.

»Uit hetgeen verder volgt blijkt echter niet, dat hij ook in a. 640 *C.-Civ.* het woord *voisins* in dien beperkten zin heeft opgevat. Die opvatting zou echter leiden tot gevolgen, welke de wetgever niet kan hebben bedoeld. De eigenaar van lager gelegen land zou dan den vrijen afloop altijd kunnen beperken, indien slechts zijn onmiddellijk aangrenzende buurman zich tegen het opwerpen van een dam niet verzette.

»Indien nu de onmiddellijke aangrenzing der erven geen vereischte is, dan is de vraag, in welke locale verhouding zij tot elkander staan, geheel feitelijk; en het Hof heeft in de 17e en volgende overw. over de verhouding der gelibelleerde erven beslist; daarbij is aangenomen dat het land van den eischer lager ligt dan dat van de verw^{sse}, en die beslissing moet in cassatie geëerbiedigd worden.

»Bij dezen eersten grond voor het *middel* wordt nog *in fine* aangevoerd, dat de *naburigheid* afhankelijk moet zijn gesteld van de vraag of door de verhooging van een lager land, het hooger land door die verhooging in zijn waterafloop belemmerd wordt.

»De bedoeling van deze grief is niet duidelijk; er is alleen sprake van het opwerpen van een dam, en niet van eene verhooging van het lagere land. Voor de toepasselijkheid van het a. geldt het slechts de vraag of de erven naburig zijn, of het eene erf hooger ligt dan het andere, en of de afloop van het water natuurlijk en zonder menschen toedoen plaats heeft.

»En voor zooveel de grief bedoelt, dat de belemmering althans op het *aangrenzend* erf moet zijn aangebragt, zoo lost zij zich op in de vraag der naburigheid en heb ik de onjuistheid dier stelling reeds aangewezen.

»De *tweede* grond van het *middel* is deze: dat de a. toepasselijk zijn geacht op waterlossing door slooten en pompen; en dus op een afloop van water door middel van *kunstwerken* en niet ten gevolge van den natuurlijken toestand der wederzijdsche erven.

»Ik geloof dat de grief berust op eene onjuiste voorstelling van de beslissing *in jure*. Het Hof overweegt in de 12e overw. van het arr. dat de vraag of het water al dan niet natuurlijk afloopt, enkel kan beslist worden door de onderlinge verhouding van hooger en lager terrein, zooals dit van nature en niet kunstmatig wordt aangetroffen; geenszins door het bestaan van

pompen, duikers, slooten of andere werken, die de eigenaren van *lager* gelegen erven hebben kunnen goedvinden te maken, om het van *hoogere* erven afkomende water zoo schadeloos mogelijk over hun terrein te leiden.

»En in de 22e overw. beslist het arr. dat niet is beweerd, dat door toedoen van de eisch^{sse} of van haren meijer iets zou zijn ondernomen om den afloop in de aangegeven rigting te bevorderen,

»Hieruit blijkt *vooreerst*, dat de eigenaar van het *hoogere* erf geene pompen of slooten heeft gemaakt om den afloop van het water te bevorderen, en reeds daardoor is de grief opgelost; Vgl. WAARDENBURG ll. pg. 12. Maar *ten anderen*, het a. verbiedt slechts het *kunstmatig* afvoeren van water op het lager erf b. v. door oppompen, of door afvoeren van water afkomstig van fabrieken, *les eaux menagers* et *l'esont des toits*, en dergelijken; daarvan is *in casu* geene sprake; maar volgens het *jus commune* is aan den eigenaar van het hoogere erf niet verboden datgene op zijn erf te doen, hetwelk voor de bebouwing noodzakelijk kan worden geacht. DALLOZ, *ll.* n° 77, 82; DEMOLOMBE n° 19, n° 39 en POTHIER, *ll.* n° 459.

»Ook de *tweede* grief is dus m. i. ongegrond.

»De *derde* grond tot staving van het *eerste middel* aangevoerd, is deze, dat de opruiming van den *geheelen* dam, liggende in de sloot des eischers, is bevolen, en niet voor zoover die hooger was dan het vlak der landen, tusschen welke de sloot liep, of dan andere dammen. Op dezen grond berust de beweerde schending van a. 625 B.-W.

»Ik geloof met den geachten pleiter voor de verw^{sse}, dat voor dezen derden grond de feitelijke beslissing in het arr. ontbreekt. De eischer is veroordeeld om op te ruimen den door hem opgeworpen, later herstelden, opgehoogden en bevestigden, waterkeerenden dam. En *in facto* is beslist in de 27e overw. dat het opwerpen van een hoogeren dam beneden die opwaarts

gelegen lagere dammen door den eigenaar van een lager gelegen erf is eene onregtmatige daad, die den geregelden natuurlijken waterafloop in den weg staat en alzoo schade veroorzaakt.

„Die beslissing is juist; en daaruit kan slechts worden afgeleid, dat de dam *in zijn geheel* hooger is dan de andere opwaarts gelegen dammen. Indien nu de feitelijke toestand zich anders voordoet, dan had de eischer in cassatie dit punt aan de beslissing van den *judex facti* moeten onderwerpen. Ik geloof niet dat de H.-R. op die beslissing in het arr. kan terugkomen, en m. i. is het *eerste middel* niet aannemelijk.

„Over het *tweede middel* zal ik slechts een enkel woord zeggen. Het luidt: verkeerde toepassing van de a. 672 en 673, benevens schending en verkeerde toepassing der a. 701, 721, 722, 729, 627, 742 tot en met 746 B. W. De grief bestaat hierin, dat het Hof *virtualiter* de erfdienstbaarheid van waterloop heeft aangenomen, zonder dat een der middelen van verkrijg bestaat als in de voormelde a. is omschreven.

„Het *dictum* van het arr. berust uitsluitend op a. 672 en 673 voornoemd: dit blijkt uit de hierboven aangehaalde laatste overw. En wel verre dat het Hof het bestaan van een eigenlijk gezegde erfdienstbaarheid zou hebben aangenomen, vloeit integendeel uit de 24e overw. voort, dat het eerste *fundamentum petendi* bewezen zijnde, over het tweede *positum* der dagvaarding, het bestaan nl. van een servituut van waterloop, eene beslissing niet werd vereischt. Het Hof overweegt zelfs op welke wijze zoodanige erfdienstbaarheid gevestigd zou moeten worden en beslist dat deze *in casu* niet bestaat.

„De aangehaalde a. zijn niet toegepast; zij waren bij het *dictum* niet toepasselijk en kunnen dus niet geschonden zijn.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van den req. in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 672 en 673 B.-W., vooreerst: door aan te nemen, dat de bij dagvaarding aangewezen perceelen van den eischer in cassatie waren naburig aan de gelibelleerde gronden van de ged., en, mede op grond dier naburigheid, hare vordering tegen dien toe te wijzen, — alzoo door de genoemde a. zoodanig op te vatten, dat eensdeels daar ook wordt gehandeld over erven die niet aan elkander grenzen, maar door verschillende andere erven gescheiden zijn, en anderdeels — is dit geoorloofd — dan de naburigheid niet te doen afhangen van de vraag: of door de verhooging van een lager land het hooger land, door die verhooging, in zijn waterafloop belemmerd wordt;

„O. daaromtrent, dat a. 672 niet, zoo als a. 678, van aan elkander grenzende eigendommen spreekt, maar alleen van naburige erven, en dat die beide uitdrukkingen, ook in het gewone spraakgebruik, eene onderscheidene beteekenis hebben, — de eerste meer beperkt dan de laatste, — terwijl bij a. 673, waarop het ten deze uitsluitend aankomt, in de meest ondubbelzinnige bewoordingen, aan de erven die lager liggen de verpligting wordt opgelegd, ten behoeve van degene die hooger gelegen zijn, het water te ontvangen, hetwelk daarvan natuurlijk afloopt; gevolgelijk, dat die verpligting niet is beperkt tot het aangrenzend lager gelegen erf, en zoodanige beperkte uitlegging in zeer vele gevallen, en bepaaldelijk in het onderwerpelijke, aan de bereiking van het onmiskenbaar doel des wetgevers zou in den weg staan;

„O. eindelijk omtrent de bewering, dat de naburigheid der erven, in a. 673 B.-W. bedoeld, zou afhangen van de beantwoording der vraag: of door de verhooging van een lager land het hooger land in zijnen waterafloop belemmerd wordt, — dat de beslissing: tusschen welke hooger en lager gelegen erven de

in genoemd artikel bedoelde regten en verpligtingen bestaan, is van geheel feitelijken aard en afhankelijk van de plaatselijke gesteldheid;

„O., dat luidens het bestreden arr., door den *judex facti* daaromtrent, naar aanleiding der bij dagvaarding gestelde feiten, een onderzoek heeft plaats gehad, en dat als slotsom van 's Hofs bevinding in den aanhef der 26e overw. wordt opgegeven: „dat de door den toestand van het terrein gevorderde waterloop overeenstemt met de *posita* omtrent den actuëlen afloop, zoo als die ter dagvaarding zijn gesteld;

„O., dat op deze beslissing, als van zuiver feitelijken aard, in cassatie niet kan worden teruggekomen;

„O., dat het *eerste middel* in de tweede plaats is aangedrongen door te beweren, dat de a. 672 en 673 geschonden en verkeerd toegepast zouden zijn, door die a. toepasselijk te achten op waterlossing door slooten en pompen, dat is op een afloop van water door middel van kunstwerken en niet ten gevolge van den natuurlijken toestand der wederzijdsche erven;

„O. dienaangaande, dat naar de 28e overw. van het bestreden arr., in dezen geene sprake is van kunstwerken, op het hooger gelegen erf aangelegd, waardoor de afloop van het water voor de lagere landen kunstmatig bevorderd zou zijn, — maar uitsluitend van zoodanige werken op de lager gelegen erven, en dat dienaangaande met juistheid in de 18e overw. wordt overwogen: „dat de vraag of het water al dan niet natuurlijk afloopt, enkel kan beslist worden door de onderlinge verhouding van hooger en lager terrein, zoo als dit van nature en niet kunstmatig wordt aangetroffen, geenszins door het bestaan van pompen, duikers, slooten of andere werken, die de eigenaren van lager gelegen erven hebben kunnen goedvinden te maken, om het van hoogere erven afkomend water zoo schadeloos mogelijk over hun terrein te leiden", — gevolgelijk dat in het

onderwerpelijk geval, waarin bij de 23_e en 24_e overw. is uitgemaakt, dat des eischers land lager ligt dan dat der verw^sse^, door de genoemde werken de afloop van het water, in den zin der wet, niet opgehouden heeft natuurlijk te zijn;

»O., dat het *eerste middel* in de derde en laatste plaats wordt aangedrongen door te beweren, dat de a. 672 en 673 zouden zijn geschonden en verkeerd toegepast door het wegnemen van den dam te bevelen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, die door den eischer in cassatie gelegd was in eigen sloot, en niet voor zoover die dam hooger was dan het vlak der landen, waartusschen de sloot zich bevond, of die dam verhevener was dan hooger-op gelegen dammen, maar in zijn geheel, en mitsdien den eigenaar verder in de vrijheid van beschikking over zijn eigendom te beperken dan het dulden der natuurlijke verpligting vordert, waardoor ook a. 625 B.-W. onmiskenbaar is geschonden;

»O. hieromtrent, dat de verbodsbepaling van a. 673, al. 2, is eene bij de wet vastgestelde beperking in de uitoefening van eigendomsregten, als bedoeld wordt in het slot van a. 625;

»O., dat naar de uitdrukkingen, waarvan de wetgever zich in genoemd a. 673, al. 2, heeft bediend: »De eigenaar van »het erf dat lager ligt mag geen dijk of dam opwerpen, waar»door deze uitwatering belet wordt», een beroep op die verbodsbepaling, ingesteld door den eigenaar van het erf dat hooger ligt tegen den eigenaar van het lager gelegen erf tot wegneming van den geheelen, de uitwatering belettenden dam, en een dienvolgens gegeven bevel van den regter tot opruiming van den dam in zijn geheel, nadat vooraf feitelijk het bestaan van een dam, als in a. 673, al. 2, is omschreven, was uitgemaakt, niet in strijd zijn noch met de bepalingen van de a. 672 en 673, noch met die van a. 625;

»O., dat niet blijkt, dat aan den *judex facti* de vraag is onderworpen: of *in casu*, naar aanleiding van zekere excep-

tionele omstandigheden, de regter de opruiming van den dam, waarvan hier sprake is, slechts had te gelasten voor zoover die dam hooger was dan het vlak der landen, waartusschen de sloot zich bevond, en die dam verhevener was dan de hooger-op gelegen dammen;

»O., dat hierop in cassatie niet kan worden teruggekomen;

»O., dat mitsdien het *eerste cassatie-middel* in alle zijne onderdeelen is onaannemelijk;

»O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: verkeerde toepassing van de a. 672 en 673, benevens schending en verkeerde toepassing van de a. 701, 721, 722, 729, 627, 742 tot en met 746 B.-W., door tegen de uitdrukkelijke bepaling van a. 701, een regt van waterloop te geven door eene sloot van den eischer in cassatie, ten behoeve van de niet aangrenzende landen der thans ged., alzoo *virtualiter* eene dienstbaarheid van waterloop te erkennen, en dat zonder eenige der middelen van verkrijg bij de a. 742 tot en met 746 omschreven;

»O. dienaangaande, dat, naar de 1e overw. van het bestreden arr., de oorspronkelijke vordering als *fundamentum petendi* aanwees: 1° de wettelijke verpligting bij a. 673 B.-W. aan erven, die lager liggen, opgelegd ten behoeve van degenen die hooger gelegen zijn, om het daarvan afloopend water te ontvangen, en 2° indien deze wettelijke verpligting voor des toen ged. (nu eischer in cassatie) lager gelegen perceelen niet bestond, deze perceelen zouden verklaard worden door verjaring te zijn bezwaard geworden met de erfdienstbaarheid van waterloop, ten behoeve van de bij dagvaarding omschreven zathe en landerijen der toen eischeres (nu verwsse in cassatie), eene vordering, onmiskenbaar rustende op a. 701 B.-W.;

»O., dat het Hof, met vernietiging van het vonnis *a quo*, heeft regt gedaan op hetgeen 1° door de toen eischsse was gevorderd, en, op grond van het door haar gestelde eerste,

op a. 673 berustende *fundamentum petendi*, den gedanen eisch in zijn geheel heeft toegewezen, en dat daarmede verviel een onderzoek naar hetgeen subsidiair, en voor een *in casu* niet bestaand geval, op een geheel ander, op a. 701 berustend *fundamentum petendi* was geëischt;

»O., dat dienvolgens de daarop betrekkelijke, bij het *tweede cassatie-middel* opgenoemde artikelen, bij het bestreden arr. niet zijn toegepast en ook niet hadden behooren te zijn toegepast, zoodat van verkeerde toepassing of van schending door niet toepassing van die artikelen geen sprake kan zijn, en mitsdien ook het *tweede cassatie-middel* is ongegrond;

»Verwerpt het beroep;

»Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen.»

No 1595. — Arrest van 8 Apr. 1878.

(A. 41, 42, 1e lid, jo 34; a. 30, 36, 37 der Onteigeningswet van 28 Aug. 1851, *St.* no 125; a. 4 *eodem* jo a. 133 B.-R.)

Is in casu *teregt schadeloosstelling toegekend voor de mindere waarde, welke de niet-onteigende goederen zullen hebben, als noodzakelijk gevolg der onteigening?* — Ja.

Had de regter, buiten en behalve het voor het opmaken der schadeloosstelling voor de onteigening van het gehuurde goed onmisbaar berigt van deskundigen, moeten acht slaan op en onderzoek instellen naar den werkelijken tusschen partijen overeengekomen huurprijs? — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. van Maanen, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

»Tegen het vonnis van de arr.-regtb. te Breda, waarbij is uitgesproken de onteigening ten algemeenen nutte van eenige perceelen grond en water, gelegen onder Made en Drimmelen tot vorming van de Nieuwe Merwede, zijn aangevoerd *twee middelen* van cassatie.

»Bij het *eerste middel* is beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 41 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* nº 125, omdat de regter heeft toegekend vergoeding voor een *gevaar*, dat bij hoogen vloed zou kunnen bestaan, maar niet dreigende, wat van het in de onteigening begrepen goed is over en aan den eigenaar verbleven, noch zullende ontstaan ten gevolge van het werk, dat op het onteigende stukje grond zal worden aangelegd.

»Wanneer de strekking van dit *middel* ook mogt zijn, hetgeen ik na de mondelinge toelichting betwijfel, te beweren, dat *in casu* vergoeding is toegekend voor schade, welke het gevolg is niet van de onteigening zelve, maar van de werken die op het onteigende zullen worden opgerigt, dan vermeen ik op dat punt te kunnen volstaan met eene verwijzing naar uwe constante jurisprudentie, luidens welke, bij de vaststelling der schadeloosstelling, bij a. 41 bedoeld, moet worden gelet op den toestand, waarin het niet-onteigende goed zal worden gebragt, niet alleen door de ontneming van den eigendom, maar ook door het werk, waarvoor de eigendom, blijkens de wet wordt ontnomen. Die jurisprudentie, laatstelijk gehandhaafd bij uw arr. van 27 Aug. 1874 (v. d. Hon., *B.-R.* XXXIX, bl. 499, *N.-Rspr.* CVII, § 37, bl. 247) is vermeld in de daaraan voorafgaande conclusie van Mr. Polis.

»A. 41 zou verder zijn geschonden, omdat de vergoeding is toegekend voor een gevaar, dat bij hoogen vloed zou *kunnen* bestaan; doch dat gevaar is slechts eene eventualiteit en voor eventuele schade, die niet het *onmiddellijk* gevolg is van de onteigening, of van het werk, waartoe onteigend werd, staat de wet geene vergoeding toe.

»Deze bewering stuit af op hetgene bij het bekl. vonnis feitelijk is beslist, nl.: »dat de *waterstand* in de kreek genaamd het gat van de bakens, door het werk, waarvoor de onteigening plaats heeft, althans aanvankelijk, *hooger* ZAL worden,

en wel in die mate, dat er gevaar *bestaat*, dat de kade, die de plaat *de Lage Hof* beschermt, bij hoogen vloed dat water niet zal kunnen keeren, dat er alzoo *noodzakelijkheid* bestaat die kade te verhoogen."

"Luidens die uitspraak is het gevaar geen eventualiteit, iets dat *zou kunnen* bestaan, maar iets dat *werkelijk bestaat* nadat het werk zal zijn uitgevoerd; de *hooge* vloed is eene onzekere gebeurtenis, doch waartegen tot nu toe de plaat door hare kade voldoende was beschermd, doch niet meer na en door het werk, tenzij die kaden worden verzwaard. Dat gevaar is een regtstreeksch en noodzakelijk gevolg van de onteigening en op dit punt is dus de uitspraak in volkomen overeenstemming met het beginsel in a. 41 vervat.

"Het beroep op uw arr. van 22 Mei 1877, (v. D. HON., *B.-R.* XLII, 258; *N.-Rspr.* CXVI, 74), kan niet opgaan, omdat daar was beslist, dat de eventuele schade voor de dijken, niet een noodzakelijk gevolg was noch van de onteigening zelve, noch van het werk op het onteigend terrein te maken.

"Een gelijksoortig geval, waarbij schadevergoeding werd toegekend tot het maken van verdedigingswerken voor een ten gevolge van onteigening aan gevaar blootgestelden oever, vindt men in het arr. van den H.-R. van 23 Dec. 1864 (v. D. HON., *B.-R.* XXIX, 178; *N.-Rspr.* LXXVIII, § 37, bl. 331.)

"Evenmin is in strijd met dat a. toegekend vergoeding voor schade, dreigende goed, dat met het onteigende niets gemeens had, als dezelfde eigenaar. Aan de zijde van den eischer is betoogd, dat de niet onteigende goederen, over wier waardevermindering a. 41 spreekt, niet zijn alle andere goederen van denzelfden eigenaar, maar dat er tusschen de onteigende en niet-onteigende goederen moet zijn feitelijk verband, eenheid en zamenhang.

"Ik geef gaarne die stelling met het oog op de geschiedenis van a. 41 der Onteigeningswet toe, maar ik meen evenzeer,

dat aan den *judex facti* moet worden overgelaten de beslissing of dat verband bestaat, of er één geheel goed is.

„En nu is de feitelijke voorstelling van den eischer in strijd met het bekl. vonnis, houdende „dat, behalve de waarde van den te onteigene grond, vergoeding moet worden verleend voor de schade of vermindering van waarde, welke de eigenaresse van dien grond in hare overige niet onteigende goederen *ten gevolge* der onteigening zal komen te lijden, en dat in de nabijheid van genoemden grond ligt eene omkade plaat, genaamd *de Lage Hof*, aan dezelfde eigenaresse toebehoorende. De schadevergoeding wordt dus toegekend voor waardevermindering van nabij het onteigende perceel gelegen grond van denzelfden eigenaar; hieruit volgt voldoende, dat de regter een en ander als één geheel goed heeft beschouwd.

„En dit is voldoende: het is geen vereischte dat de nietonteigende goederen grenzen aan de onteigende, veelmin daarvan een gedeelte uitmaken, maar alleen dat daartusschen verband bestaat (arr. H.-R., 11 Maart 1867, v. D. HONERT. *B.-R.* XXXI, bl. 201 volgg).

„Maar bovendien resulteert dat verband uit het *dictum* van het vonnis, waarbij „de onteigening wordt uitgesproken van gedeelten der perceelen, Sectie L 53, 267 en 402, „zooals die op de ten processe overgelegde plans en grondteekeningen van het werk ter vorming van de Nieuwe Merwede zijn aangewezen;" blijkens deze plans, waarnaar uitdrukkelijk door den regter wordt verwezen, grenzen deze drie aaneengelegen perceelen van den onteigende regtstreeks aan *de Lage Hof*.

„De uitspraak is dus in volkomen overeenstemming met de drie laatste overwn van uw arr. van 19 Junij 1865 (v. D. HON., *B.-R.* XXIX, p. 501; *Ned. Regtspr.* LXXX, § 26, bl. 234), en met het genoemde van 11 Mrt. 1867.

„Eindelijk zou in strijd met a. 41 schadeloosstelling zijn toegekend voor waardevermindering ontstaan uit anderen hoofde,

dan ten gevolge van het werk op het onteigende stukje grond; m. a. w.: de schade wordt volgens den eischer niet te weeg gebragt door het stukje dijk, hetwelk gelegd zal worden op het eigendom van den verw., maar zij is het gevolg van de *algeheele bedijking* van de Nieuwe Merwede.

"Ook deze bewering vindt hare wederlegging in hetgeen met zoo vele woorden door de regtb. te Breda is beslist, als te zullen zijn de oorzaak van den verhoogden waterstand van de plaat.

"Na te hebben vooropgesteld, dat de vergoeding niet mag worden uitgestrekt tot de schade, welke het werk in zijn geheelen omvang, *in casu* de geheele bedijking der rivier, zou veroorzaken, maar moet worden beperkt tot dat wat uit het van den te onteigenen grond te maken gebruik zal voortvloeijen, zegt het vonnis: "dat ook behoudens deze beperking a. 41 zijne toepassing vinden kan", en beslist verder, dat het gedeelte dijk op den te onteigenen grond te leggen, medewerken zal tot de afsnijding der gemeenschap van de kreeken met het Bergsche Veld, waardoor de afleiding van het water derwaarts ophoudt, zoodat die afsnijding mede oorzaak zal zijn van hoogeren waterstand in het gat van de bakens, d. i. van de noodzakelijkheid om de plaat van *den Lagen Hof* door verhooging van de kade voor overlast van water te vrijwaren.

"Wanneer dus het stuk dijk op den grond van de verw^s^ niet werd gelegd, bleef de watergemeenschap van de kreeken met het Bergsche Veld in stand, die evenwel door dit werk *geheel en al* is weggenomen.

"Ik acht dus dit *cassatie-middel* ongegrond.

"Het andere *middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 4, 30, 34—37 en 42 der Onteigeningswet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, en van a. 1902, 1903 en 1584 B.-W., omdat:

"1° door den regter ten onregte is geoordeeld dat hij geen

kennis mogt nemen van het huurcontract door den eischer *in lite* gebragt; en

„2° door den regter ten onregte is aangenomen eene waardering van huurprijs in plaats van, zooals door de wet bedoeld wordt, de werkelijke prijs, waarvoor het goed verhuurd is, tot regel voor schadeloosstelling te doen strekken.

„Om niet in herhaling te vervallen, vermeen ik het 2e gedeelte van het *middel* eerst te moeten behandelen, hetwelk meer bepaaldelijk a. 42 als geschonden op het oog heeft, en wel omdat de werkelijke, niet een getaxeerde huurprijs, als schadeloosstelling had moeten toegewezen worden, en de eischer dien huurprijs door overlegging van het huurcontract of op andere wijze had behooren te staven.

„Intusschen a. 42, noch eenige andere wetsbepaling, schrijft voor, op welke wijze de bepaling van den huurprijs moet geschieden, en de wet behelst geen verbod om daartoe te geraken langs den bij de wet algemeen aangenomen weg door taxatie.

„Welke was de bedoeling van a. 42? Deze: om een fixum als schadevergoeding voor verhuurders te bepalen, gelijkstaande aan den huurprijs van twee jaar; men wilde niet aan deskundigen onbeperkt overlaten de schade te begrooten, die de huurder door geheele of gedeeltelijke verbreking van de huur zou lijden, en gaf daarom een vasten maatstaf aan; maar ik geloof niet, dat daaruit volgt dat, al mag de deskundige de schade niet naar eigene opvatting taxeren, zulks ook verboden is ten aanzien van den *huurprijs;* uit a. 1605 B.-W. volgt, dat die prijs voor waardering vatbaar is.

„De bedoeling des wetgevers is duidelijk uit de Memoriën van beantwoording aan de 2e en 1e Kamer; daarin zeide de Regering: „op de vraag voor het geval gedaan, dat slechts een gedeelte wordt onteigend, waar goed en kwaad land in eens verhuurd is, moet *eenvoudig* geantwoord worden, dat de bepaling van den huurprijs van een gedeelte, de zaak is der

deskundigen, die daarbij in de voornaamste, zoo niet eenige plaats, op de hoedanigheid van het onteigende stuk gronds acht geven. Alleen zal in het geval, dat de huurder nog meer hebbe dan het stuk, hetwelk men onteigent, de huurprijs van het onteigend *gedeelte* door de deskundigen moeten worden begroot." *Bijblad Staatscourant*, Bijl. p. 501 en 785, Bijl. 1e Kamer, p. 188 en 190. Vgl. v. ANDEL, bl. 138.

"En nu doet zich juist hier voor het geval in de Memorie bedoeld, dat verhuurd is één geheel, bestaande uit land van verschillende hoedanigheid en uit water, zoodat alleen door waardering van deskundigen *kan* worden uitgemaakt, welke de huurprijs is.

"Al neemt men aan dat, waar de huurder als eischer optreedt, op hem de bewijslast rust van den huurprijs in geval *al* het door hem gehuurde wordt onteigend, — niet *in casu*, waar de overlegging van het contract niets zou baten of bewijzen.

"Teregt nam dus de regter de begrooting van deskundigen aan, als de basis van de aan den huurder toe te kennen schadeloosstelling, en handelde hij geheel overeenkomstig het voorschrift van a. 42 der Onteigeningswet.

"Ik ga echter verder, en meen dat, al is er geen geschil tusschen huurder en verhuurder over den huurprijs, de regter alsdan nog bevoegd is, dien te doen begrooten, ten einde eene collusie tusschen deze contractanten, waarvan de onteigende partij het slagtoffer zou moeten zijn, te niet te doen.

"De Onteigeningswet heeft aan den regter eene zoo groote magt gegeven, met opzigt tot de toe te kennen schadeloosstelling, dat het geheel in overeenstemming is met hare oeconomie en nergens verboden is om den huurprijs te doen begrooten, zoo de opgave er van te hoog voorkomt. Daartegen obsteert niet al. 5 van a. 34, hetwelk verbiedt het begrooten door deskundigen voor schadeloosstellingen, die bij deze wet zijn geregeld, doch niet het begrooten van den *huurprijs*. Vgl. v. ANDEL,

bl. 138. Een voorbeeld van de taxatie van den huurprijs vindt men in het arr. van den H.-R. van 30 Aug. 1864 (v. D. Hon., *B.-R.* XXIX, 13; *Ned. Rspr.* LXXVII, 348.

„Dit gedeelte van het *middel* komt mij dus ongegrond voor.

„Het andere gedeelte is gerigt tegen dat gedeelte van het arr., waarbij is beslist, dat de copy van het huurcontract door den eischer met de memorie bij a. 36 bedoeld overgelegd, en dus *na* het onderzoek van deskundigen, buiten het geding zal behooren te blijven, en wel op grond, dat het zwaartepunt van het onteigenings-proces is gelegen in het onderzoek van deskundigen, van welke een zelfstandig advies over de schadeloosstelling wordt verlangd, en die alzoo kennis moeten hebben genomen van al wat ter zake dienende kan worden geacht, terwijl dan ook wel van de overlegging van stukken bij den regter-commissaris in a. 30 wordt melding gemaakt, maar die bevoegdheid niet wordt toegekend aan partijen en derde belanghebbenden bij de a. 36 en 37. De onjuistheid van dit stelsel is aangedrongen door de bewering, dat de wet door de bepaling van a. 42, elke taxatie van deskundigen ten aanzien van den huurprijs uitsluit, omdat de wet zelve de schadeloosstelling voor huurders heeft bepaald; dat, vermits de huurder het contract niet had geproduceerd, de eischer later nog bevoegd was het te produceren en de regter dat stuk als basis voor de schadeloosstelling van den huurder had moeten aannemen. Ik heb reeds betoogd, dat taxatie van huurprijs is geoorloofd, en dat de regter niet gebonden is door het contract van partijen ter bepaling van de schadeloosstelling der huurders.

„Niettemin acht ik de beslissing van de regtb. te Breda op dit punt onjuist. A. 30 geeft aan partijen de *bevoegdheid* om aan den regter-commissaris de stukken over te leggen, die tot eene juiste bepaling der schade kunnen leiden: „partijen *kunnen*" enz. Maar de wet *gebiedt niet* om het *dan* te doen, en *verbiedt niet* om het *later* te doen.

„De geest van de a. 36 en 37 brengt het tegendeel mede; het eerste veroorlooft tegen het rapport van deskundigen gedurende 14 dagen eene memorie van bezwaren in te dienen, en zou men die bezwaren dan niet door overlegging van bewijsstukken mogen staven; het tweede laat nog interventie toe tot aan de eindconclusie, en die interventie kan nog aanleiding geven tot eene nieuwe expertise ten koste der tegenpartij. Vgl. arr. H.-R. 12 Junij 1871 (v. d. Hon., *B.-R.* XXXVI, 104; *Ned. Rspr.* XCVIII, 148).

„Waar nu volgens a. 4 de bepalingen van het Wetb. van B.-R. op dit geding toepasselijk zijn, voor zoover daarvan bij de Onteigeningswet niet is afgeweken, en waar luidens dat Wetb. bij elke conclusie, zoo niet later nog, nieuwe stukken kunnen worden medegedeeld, (zie Oudeman, *Burg. Regtsv.*, Dl. I, bl. 191) komt het mij voor in strijd te zijn met de voornoemde bepalingen der Onteigeningswet, om overlegging van stukken bij de indiening der memorie van bezwaren te wraken.

„Mijns oordeels is door die beslissing a. 30 der Onteigeningswet verkeerd toegepast en a. 36 dier wet geschonden.

„Maar wat zal daarvan in dit geding het gevolg zijn? Waar voor den regter geen gebiedende noodzakelijkheid bestaat om tot bepaling der schadeloosstelling voor den huurder te kennen den huurprijs, waarover tusschen huurder en verhuurder is overeengekomen, zal de kennisneming van het huurcontract op het vonnis zoo al niet van invloed behoeven, dan toch *kunnen* zijn.

„Hoezeer dus het *dictum* van het vonnis door deze onjuiste beslissing niet *noodwendig* gevitieerd wordt, zoo zal de kennisneming van het huurcontract, voor het geval het door de partijen wordt erkend, op de uitspraak van den regter invloed kunnen hebben, en geloof ik mitsdien, dat er termen zijn om de zaak naar de regtb. te Breda terug te wijzen.

»Ik heb alzoo de eer te concluderen tot vernietiging van het beklaagde vonnis, doch alleen voor zoover daarbij het door den eischer overgelegde huurcontract buiten het geding is gesteld; dat de H.-R. de zaak zal verwijzen naar de arr.-regtb. te Breda, ten einde met inachtneming van het arr. van den Raad, op nieuw te worden behandeld en beslist over de schadeloosstelling aan den huurder toe te kennen; voorts tot verwerping van het overige gedeelte van het beroep in cassatie, met veroordeeling van den eischer in de eene helft, en den gedaagde in zijn privé in de andere helft der kosten, in cassatie gevallen.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 41 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, omdat de regter heeft toegekend vergoeding voor een gevaar dat bij hoogen vloed zou kunnen bestaan, maar niet dreigende datgene, wat van het in de onteigening begrepen goed is over- en aan den eigenaar verbleven, noch zullende ontstaan ten gevolge van het werk dat op het onteigende stukje grond schijnt te zullen worden aangelegd;

»O., dat dit *middel* betreft een bedrag van *ƒ* 600, onder de toegekende schadeloosstelling begrepen, tot vergoeding der kosten welke de onteigende zal hebben te besteden, om de haar toebehoorende plaat »*de Lage Hof*» door verhooging der kade, welke die plaat ten oosten insluit, zooveel mogelijk tegen overlast van water te vrijwaren, terwijl de regtb. overweegt, dat, zoo de bedoelde kade niet werd verhoogd, de dan te verwachten overlast het gevolg zoude zijn van den aan te leggen dijk, en met name van het gedeelte daarvan, dat op den te onteigenen grond, en meer speciaal op het perceel sectie L, n° 402, zal worden opgerigt, daar toch dat gedeelte zal medewerken om de gemeenschap af te snijden, welke tot dusver, door verschillende kreken, tusschen het gat van de bakens en het zoogenaamde Bergsche Veld heeft bestaan, en waardoor

het water bij hoogen waterstand op de rivier, naar dat veld afleiding vond;

„O., dat luidens het beklaagde vonnis als juridieke grond voor de toewijzing van de onderwerpelijke *f* 600 heeft gegolden, dat naar a. 41 der Onteigeningswet bij de berekening der mindere waarde van niet-onteigende goederen in aanmerking moet komen niet enkel het gemis van den onteigenden grond maar ook de schade, welke het noodzakelijk gevolg is van het werk, waarvoor de onteigening plaats heeft, behoudens dat, met betrekking tot die schade, niet mag worden gelet op het nadeel door het werk in zijn geheelen omvang te veroorzaken, maar enkel op datgene hetwelk uit het van den te onteigenen grond te maken gebruik zal voortvloeijen;

„O., dat deze uitlegging den zin van a. 41 der Onteigeningswet met volkomen juistheid weêrgeeft, en dat daaruit, in verband met de hiervoren vermelde feitelijke beslissing omtrent den aanleg van den dijk op perceel sectie L, n° 402, het ongegronde van de beweringen van den eischer in cassatie volgt, als zoude, in strijd met de wet, zijn gelet op een nadeel dat noch aan de onteigening zelve, noch aan het oprigten van den dijk op het te onteigenen goed, maar enkel aan het insluiten der Nieuwe Merwede zoude zijn te wijten;

„O., dat de eischer tot staving van het *middel* verder aanvoert, dat het gevaar, waarvoor vergoeding is toegekend, ook daarom niet als noodzakelijk gevolg der onteigening mag worden aangemerkt, omdat het zich slechts bij een van allerlei eventualiteiten afhankelijken hoogen vloed voordoet, doch dat dit beweren berust, deels op eene verkeerde voorstelling van de gegeven beslissing, en deels op eene verkeerde opvatting van a. 41;

„O. immers, dat feitelijk is uitgemaakt, dat de waterstand in het gat van de bakens, ten gevolge van het aanleggen van den dijk, in die mate hooger zal worden dat de kade, die *„den Lagen Hof”* thans beschermt, dat water bij hoogen vloed

niet meer zal kunnen keeren, en dat er alzoo noodzakelijkheid bestaat die kade te verhoogen, zoodat op de meest ondubbelzinnige wijze is beslist, dat het gevaar, waarin door verhooging der kade moet worden voorzien, in den tegenwoordigen stand van zaken niet aanwezig is, maar door het werk, waarvoor de onteigening geschiedt, zal worden te weeg gebragt, en dat dit voldoende is, om dat gevaar, in den zin van a. 41, als regtstreeksch gevolg der onteigening te beschouwen, daar uit dat artikel geenszins af te leiden valt, dat alleen zou mogen worden acht geslagen op oorzaken van schade, welke onder alle omstandigheden in gelijke mate dreigende blijven;

»O., ten aanzien van de laatste stelling waarop het *middel* rust, dat namelijk a. 41 niet doelt op alle goederen die aan denzelfden eigenaar toebehooren, maar alleen op dat gedeelte van een onteigend goed, hetwelk overblijft en niet onteigend wordt; dat deze stelling geheel op de wet is gegrond, maar uit het beklaagde vonnis niet blijkt, dat a. 41 in strijd daarmede zoude zijn toegepast;

»O., immers, dat bij dat vonnis sprake is van den »*Lagen Hof*«, als »in de nabijheid liggende van den te onteigenen grond«, nadat de regter had vermeld dat er aanleiding bestond om aan de toen ged. vergoeding te verleenen voor de schade of vermindering van waarde, welke de eigenaresse van dien grond in hare overige niet onteigende goederen, ten gevolge der onteigening, zal komen te lijden; dat daarenboven uit de ten processe overgelegde plans en grondteekeningen, waarnaar bij het vonnis uitdrukkelijk wordt verwezen, blijkt dat de »*Lage Hof*« grenst aan de perceelen waarvan stukjes worden onteigend; en dat naar aanleiding van dit een en ander moet worden aangenomen, dat de regter de bedoelde plaat en evengemelde perceelen als een geheel heeft beschouwd, op welke feitelijke beschouwing in cassatie niet kan worden teruggekomen;

»O., dat mitsdien dit gedeelte van het *eerste middel* moet

geacht worden van allen feitelijken grondslag te zijn ontbloot, en dat daarmede het geheele *middel* is gebleken onaannemelijk te zijn;

»O., dat als *tweede middel* van cassatie is beweerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 4, 30, 34—37 en 42 der Onteigeningswet van 28 Aug. 1851, *St.* nº 125, en de a. 1902, 1903 en 1584 B.-W., 1º omdat door den regter is geoordeeld, dat hij geen kennis mogt nemen van het huurcontract door den eischer *in lite* gebragt met de memorie, krachtens a. 36 der Onteigeningswet aan den regter-commissaris aangeboden en aan de partij beteekend, terwijl haar van dat contract mededeeling werd aangeboden,, en 2º omdat door den regter is aangenomen eene waardering van den huurprijs, in plaats van, zooals bij de wet bedoeld wordt, den werkelijken prijs waarvoor het goed verhuurd is tot regel voor de schadevergoeding te doen strekken, en aan den huurder eene som voor vergoeding is toegelegd, niettegenstaande eigenaar en huurder in gebreke waren gebleven de huur te bewijzen of het huurcontract te berde te brengen of eenigen huurprijs op te geven;

»O., omtrent dit *middel* in zijn geheel, dat daaromtrent uit het beklaagde vonnis blijkt, dat de intervenient, bewerende huurder te zijn van de gedeeltelijk te onteigenen perceelen en van andere in de nabijheid gelegene, van de aan derde belanghebbenden, naar a. 28, laatste lid, der Onteigeningswet, toekomende bevoegdheid heeft gebruik gemaakt, om »bij het onderzoek der deskundigen tegenwoordig te zijn, ten einde ook zijne schade te doen begrooten«;

»dat voorts die deskundigen, aannemende dat voor eene hectare wilgenbosch gemiddeld jaarlijks zal worden betaald *f* 125 en voor eene hectare aangeplempten grond, vatbaar om met riet te worden beplant, *f* 75, den te berekenen huurprijs hebben geschat op *f* 39,38½ per jaar;

„dat daarna de eischer, bij de door hem aan den regter-commissaris ingediende memorie van bezwaren, heeft te kennen gegeven, dat hij alsnog in het geding bragt een drietal stukken, waaronder een afschrift van een onderhandsch huurcontract, onder dagteekening van 25 en 29 Oct. 1867, tusschen de eigenares van den te onteigenen grond en den intervenient zullende zijn aangegaan;

„dat echter de regtb., van oordeel dat op dit stuk geen regard mogt worden geslagen, heeft beslist, dat het buiten het geding zoude blijven, en, zich vereenigende met de begrooting der deskundigen omtrent den jaarlijkschen huurprijs van het te onteigenen gedeelte van het verhuurde, de aan den intervenient toekomende schadeloosstelling heeft bepaald op het dubbele van dien prijs, namelijk op f 78,76½;

„O., dat, ofschoon in het algemeen de schadeloosstelling bij onteigening van een verhuurd goed door de onteigende partij aan den huurder te betalen, naar a. 42, eerste lid, der Onteigeningswet, door de wet zelve wordt geregeld, en dus volgens a. 34, voorlaatste lid, aan de begrooting van deskundigen is onttrokken, *in casu* dat berigt onmisbaar was, omdat de te onteigenen grond een gedeelte uitmaakt van land van verschillende hoedanigheid, bestemming en waarde, hetwelk in eens was verhuurd, in welk geval èn de aard der zaak medebrengt èn de geschiedenis der wet ontwijfelbaar leert, dat de voorlichting der deskundigen niet mag ontbreken;

„O. echter, dat ook in dat geval de tusschen partijen overeengekomen huurprijs, volgens de woorden, het beginsel en de geschiedenis van a. 42 der Onteigeningswet, de grondslag der begrooting moet zijn, in dier voege, dat moet worden beslist hoe groot de huurprijs van het gedeelte geacht moet worden te zijn in evenredigheid tot dien van het geheel;

„O. mitsdien, dat de regter, door bij de schadeloosstelling, aan den intervenient toegekend, hoegenaamd geen acht te slaan

op- noch zelfs eenig onderzoek in te stellen naar den werkelijken tusschen partijen overeengekomen huurprijs, a. 42, 1e lid, in verband met a. 34, voorlaatste lid, der Onteigeningswet, heeft geschonden;

»O. verder omtrent de vraag waarop het eerste gedeelte van het *middel* van cassatie betrekking heeft, namelijk: of wegens den bijzonderen aard van het advies, dat de deskundigen in een onteigeningsgeding hebben uit te brengen, het zwaartepunt der instructie van zoodanig geding in hun onderzoek is gelegen, en zulks zoozeer, dat al wat ter zake dienende wordt geacht ter hunner kennis moet worden gebragt, en op stukken van emplooi, gemaakt nadat zij hun rapport hebben ingeleverd, geen acht mag worden geslagen: dat dit een en ander ten onregte bij het beklaagde vonnis uit a. 30, 36 en 37 der Onteigeningswet en het geheele stelsel van die wet wordt afgeleid;

»O. immers, dat a. 30 aan partijen wèl de bevoegdheid geeft, maar niet de verpligting oplegt, om aan den regter-commissaris en de deskundigen al die stukken mede te deelen, welke, volgens haar oordeel, tot eene juiste bepaling der schade kunnen leiden; en dat te minder kan worden aangenomen, dat op geen andere stukken zou mogen worden regt gedaan dan op die, waarop door de deskundigen bij het uitbrengen van hun gevoelen is gelet, omdat de bedoeling der wet veeleer deze is, dat de regtb. zich eene meening vorme, wel met behulp van het oordeel der deskundigen, maar toch onafhankelijk daarvan, en dat zij daartoe, behalve van de voorlichting van haar medelid, die de werkzaamheden heeft geleid, ook, zoo er gelegenheid toe bestaat, gebruik make van andere inlichtingen;

»O., dat ook de omstandigheid dat bij a. 30 der Onteigeningswet uitdrukkelijk van de bedoelde bevoegdheid wordt gewag gemaakt, terwijl daarvan bij de a. 36 en 37 wordt gezwegen, niet kan geacht worden van beteekenis te zijn, daar toch met betrekking tot deze laatste artikelen — naar aanleiding van

a. 4 der Onteigeningswet — moet geacht worden te gelden het bij het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering steeds gehuldigde beginsel, dat partijen, behoudens de in a. 133 van dat wetboek vermelde verpligting, om in sommige gevallen de kosten der afschriften te dragen, gedurende den geheelen loop van het regtsgeding bevoegd zijn, hunne beweringen door stukken te staven, die zij gaandeweg kunnen goedvinden daartoe te doen dienen;

„O., dat uit dit een en ander volgt, dat het den eischer in cassatie vrijstond, zich, tot staving van zijne bezwaren tegen het verslag der deskundigen, van bovengemeld beweerd afschrift van het huurcontract tusschen de eigenares van de te onteigenen gronden en den intervenient te bedienen, en dat de regtb., door zich van de kennisneming van dat stuk te onthouden, a. 30 der Onteigeningswet verkeerd heeft toegepast en a. 36 dier wet heeft geschonden;

„O., dat derhalve het *tweede middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het beklaagde vonnis van de arr.-regtb. te Breda van 26 Febr. 1878, doch alleen voor zoover de regtb. daarbij omtrent de aan den intervenient te betalen schadevergoeding heeft beslist, en voor zoover de eischer is veroordeeld in de kosten, aan zijde van den intervenient gevallen;

„Wijst, met verwerping van het beroep in cassatie voor het overige en met instandhouding van de beklaagde uitspraak op alle andere punten, de zaak terug naar genoemde regtb., ten einde daarvan, met inachtneming van dit arr., op nieuw kennis te nemen en omtrent de aan den intervenient uit te keeren schadeloosstelling op nieuw uitspraak te doen;

„Veroordeelt den eischer in de kosten van cassatie, voor zooveel betreft het beroep tegen den verweerder in zijne hoedanigheid, en den verweerder in privé, voor zooveel betreft het beroep tegen hem in privé gerigt."

N° 1596. — Arrest v. 12 Apr. 1878.

(KOLONIAAL APPEL.)

Heeft het Hof teregt geoordeeld dat in casu *de actie bedoeld bij a.* 131 *K. niet was ingesteld?* — JA.

Is onder houder van wisselbrieven *uitsluitend te verstaan hij, die krachtens een geldig endossement eigenaar van den wissel geworden, dien wissel op den vervaldag in handen heeft, of wel, endossanten aan wie de wissel, uithoofde van op hen genomen regres, is uitgeleverd, doch geenszins de trekker, die den door hem getrokken en geprotesteerden wissel, als hoofdschuldenaar daarvan heeft betaald?* — JA.

Volgt daaruit dat a. 1—9, 3°, *van het B.-W. voor de Kolonie Curaçao, betreffende de subrogatie*, in casu *niet kan zijn van toepassing?* — JA.

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Ten aanzien van de *daadzaken:*

„Zich gedragende aan en overnemende de daartoe betrekkelijke overwn van het vonnis *a quo*, en voorts:

„O., dat de appe bij hare memorie van bezwaren de bij dat vonnis uitgesproken niet-ontvankelijkheid heeft bestreden, hoofdzakelijk op grond, dat a. 131 K. voor de kolonie Curaçao niet in zoo strikten zin moet worden opgevat, dat de trekker van een wisselbrief, ingeval van wanbetaling des acceptants, alleen heeft eene regtsvordering tot verantwoording van het aan hem tot die betaling verstrekte fonds en tot vergoeding der schade uit het niet volvoeren van den aangenomen last ontstaan, en niet *ook* zou mogen instellen eene regtsvordering tot betaling eener som, gelijkstaande met het beloop van den wisselbrief; — terwijl de geïntimeerde bij memorie van antwoord het vonnis heeft verdedigd, en de zaak, na ter openbare teregtzitting genomene conclusiën, over en weder is bepleit;

„Ten aanzien van *het regt:*

„O., dat de appe, oorspronkelijke eischsse, van de geïntime firma aanvankelijk heeft gevorderd de som van 886 p. s., zullende uitmaken het gezamenlijk bedrag der 7 van non-betaling

geprotesteerde wissels, die zij beweerde, op de geïntim^e^ getrokken te hebben, en dat de appell^e^ later haren eisch met 250 p. s. heeft verminderd, op grond dat twee der bedoelde wissels, groot de een 100 en de ander 150 p. s., sedert de dagvaarding, van wege de geïntimeerde zouden zijn betaald.

»O., dat de ingestelde vordering mitsdien ondubbelzinnig strekt tot betaling van het bedrag der 5 overige, onbetaald gebleven wissels, en niet tot verantwoording van het fonds, hetwelk de appell^e^ beweert tot dekking dier wissels aan de geïntim^e^ te hebben geremitteerd, zoodat het Hof te regt heeft geoordeeld, dat de bij voormeld a. 131 K. toegekende actie hier *niet* is ingesteld;

»O., dat voor zoover de appell^e^ daartegen inbrengt, dat het haar, als lastgeefster, geoorloofd zou zijn hare lasthebster niet tot rekening en verantwoording, maar raauwelijks tot betaling van het haar toekomend saldo in regten te roepen, die opmerking niet tot goedmaking van de actie, zooals die is ingesteld, kan dienen, omdat, zooals gezegd is, het onderwerp van den eisch niet betreft het verstrekte fonds, maar het bedrag der wissels, en van de remise tot dekking blijkbaar alleen wordt gewag gemaakt om het regt op uitbetaling der wisselsom nader te staven;

»O., dat de appell^e^ dan ook bij hare hoofdgrief erkent, dat hare vordering niet berust op a. 131 maar op a. 168 van meergemeld Wetb. voor de kolonie Curaçao, terwijl zij beweert in dien eisch te zijn ontvankelijk, omdat zij niet alleen is »*trekker*« maar ook »*houder*« der bedoelde wissels, en het haar vrijstond, in deze laatste hoedanigheid de geïntim^e^ aan te spreken;

»O., dat de appell^e^ noch bij dagvaarding heeft geposeerd, noch later beweerd, dat de door haar getrokken wissels vóór den vervaldag aan haar zouden zijn gereëndosseerd geworden, en hier dus alleen de vraag in aanmerking kan komen: of de

trekker, welke door den betrokkene geaccepteerde, doch niet betaalde wissels bij wege van rembours weder in handen krijgt als houder van die wissels is te beschouwen in dien zin, dat de acceptant, naar a. 127, verpligt zoude zijn *ook* aan hem de wissels zelf te betalen;

„O., dat uit het verband van a. 168 met het zooeven genoemde a. 127 en voorts met de a. 129, 123, 175 en anderen, allen K. voor Curaçao en betreffende de wisselbrieven, duidelijk blijkt, dat onder „houder" in beide eerstgemelde wetsbepalingen uitsluitend te verstaan is hij, die krachtens een geldig endossement eigenaar van den wissel geworden, dien wissel op den vervaldag in handen heeft, of wel endossanten, aan wie de wissel, uithoofde van op hen genomen regres, is uitgeleverd; doch geenszins de trekker, die den door hem getrokken en geprotesteerden wissel als hoofdschuldenaar daarvan heeft betaald;

„O., dat alzoo niet afdoet, dat de appelle bij wege van uitlevering tegen rembours den eigendom en het bezit van de bedoelde wissels kan hebben verkregen, hetgeen, naar zij beweert, er toe zou moeten leiden, om haar gelijk te stellen met elken endossant, die, zelf den wissel vergoed hebbende, den acceptant aanspreekt, — daar toch de wet juist in dit opzigt tusschen de endossanten en den trekker onderscheid maakt, en aan den laatsten de regten der eersten niet wil hebben toegekend;

„O., dat dit reeds volgt uit den aanhef van a. 131, waarbij het in handen hebben van de wissels als vereischte wordt opgenoemd, om de bij dat a. toegekende *actio mandati directa* te kunnen instellen, — waarmede kwalijk zoude strooken de aan den trekker, volgens het beweren der appe, tevens toekomende bevoegdheid, om, des verkiezende, enkel op grond van hetzelfde bezit, den acceptant ook met eene, van elke vraag naar fondsbezorging geheel onafhankelijke actie aan te spreken, — doch dat het onjuiste van de stelling der appe

vooral uitkomt bij onderlinge vergelijking van de a. 123, 127 en 131 K. voor Curaçao, daar deze vergelijking duidelijk toont dat het stelsel van den wetgever omtrent de onderwerpelijke regtsbetrekkingen berust op de tijdens de vaststelling van het Ned. W. v. Kooph., — waarmede dat voor Curaçao, wat deze materie betreft, geheel overeenstemt, — herhaaldelijk uitgesproken beginselen, dat de trekker uit den wissel zelven geen aanspraak heeft tegen den acceptant, zelfs niet wanneer hij bewijst, fonds onder dezen te hebben; dat hij evenmin gerekend mag worden te zijn gesubrogeerd in de regten van den houder en dat de acceptant ten zijnen opzigte *niets anders* is dan een lasthebber, die verpligt is, den aangenomen last te voldoen, om namelijk de getrokkene som aan een derde voor den lastgever te betalen;

„O., dat uit het door den wetgever aangenomen stelsel volgt, dat a. 1419, 3°, B.-W. voor de kolonie Curaçao, betreffende de subrogatie, *in casu* niet kan zijn van toepassing, en derhalve ook daarin geen reden is gelegen, om de tegen het beklaagde vonnis aangevoerde bezwaren gegrond te achten;

„O., dat het vonnis *a quo* mitsdien behoort te worden bevestigd;

„Doet te niet het hooger beroep;

„Bevestigt het vonnis door het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao, op 23 Febr. 1877 tusschen partijen gewezen;

„Veroordeelt de app^e^ in de kosten van het hooger beroep."

N° 1597. — Arrest van 18 Apr. 1878.

(A. 1 K.; a. 1935 B.-W.; a. 298 B.-R.).

Is in a. 5 K. en a. 1935 B.-W. alleen sprake van het bewijs, dat in een regtsgeding voor den regter geleverd wordt; zijn de woorden: zaken van koophandel *in die*

beide a. en a. 298 B.-R. in procesregtelijken zin te verstaan en beteekenen zij niets anders dan handels-regtsvorderingen *of* gedingen? — JA.

Is een handelsregtsgeding een zoodanig, waarbij de handhaving gevorderd wordt van eene handelsverbindtenis, dat is van eene verbindtenis, die haren grond vindt in eene daad van koophandel? — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc-G., de volgende conclusie genomen:

„De vraag, die thans aan den H.-R. is voorgesteld, is deze: wanneer er eene overeenkomst is aangegaan betreffende een bedrag van meer dan *f* 300, die wel van de zijde van den eischer doch niet van de zijde van den gedaagde was eene handelsdaad, is dan de eischer, handelende tot nakoming van die overeenkomst, bevoegd tegen den gedaagde getuigenbewijs te leveren?

„Die vraag werd, in strijd met de regtb. te Rotterdam, door het Hof te 's Gravenhage ontkennend beantwoord, en thans wordt beweerd, dat door de beslissing van het Hof door niet-toepassing zijn geschonden de a. 1925 B.-W. en 1 K., in verband met 1902 B.-W., en verkeerd toegepast a. 1933 B.-W.

„De redenering van het Hof komt hierop neder, dat, om tot het leveren van getuigenbewijs in de bij a. 1933 B.-W. uitgezonderde gevallen te kunnen worden toegelaten, voor alles moet vaststaan, dat de handeling, die men bewijzen wil, is eene zaak van koophandel; dat eene handeling tusschen twee partijen, waarbij de eene wel, de andere niet als koopman optreedt, voor de eene eene handelsregtelijke verbindtenis zal opleveren, terwijl daaruit voor de andere eene gewone burgerregtelijke verbindtenis ontstaat; dat, wanneer over uit zoodanige handeling voortspruitende verbindtenissen tusschen partijen geschil ontstaat, men ter beoordeeling of het geschil al dan niet eene zaak van koophandel betreft, moet nagaan of de verbindtenis, waaruit geageerd wordt, is die van den als koopman gehandeld hebbende, of wel die van hem die zich alleen burger-

regtelijk verbond; dat slechts in het eerste geval van eene zaak van koophandel de rede is, daar dan alleen de vordering eene daad van koophandel, waaruit een handelsobligo ontstaat, ten grondslag heeft, en dat daarentegen, wanneer geageerd wordt tegen hem, die alleen burgerregtelijk is verbonden, er niet kan gedacht worden aan eene zaak van koophandel, waarop de exceptionele bepalingen van het handelsregt ten aanzien van de regtspleging, de hoogere rente, den lijfsdwang enz. van toepassing zouden zijn.

»Ik kan mij met deze redenering wel vereenigen.

»Daartegen wordt aangevoerd, dat het Hof de uitdrukking »zaken van koophandel« in a. 1935 B.-W. in veel te beperkten zin opvat; dat zoodanige zaak aanwezig is, zoodra slechts de handeling van eene der partijen eene daad van koophandel is; en men beroept zich, om dit te staven, in de eerste plaats op de *ratio legis* voor de opheffing van de beperking van het getuigenbewijs, die hierin zoude bestaan, dat in den handel gewoonlijk de overeenkomsten slechts mondeling worden gesloten, zonder dat men zich het tijdverlies kan getroosten om daaromtrent schriftelijke bescheiden op te maken; dat alzoo de bepaling omtrent het meer uitgebreide getuigenbewijs is geschreven in het belang van de handelaars, en men de wet tegen de bedoeling van den wetgever zoude uitleggen, indien men het meer gemakkelijk getuigenbewijs niet wilde toestaan aan den koopman tegenover den particulier agerende, maar wel aan den particulier tegenover den koopman;

»Het is niet te ontkennen, dat bovengemelde overwegingen omtrent het belang van den handel de aanleiding hebben gegeven tot de voorschriften omtrent het getuigenbewijs bij a. 1935 B.-W. en 1 K. Daarover bestaat, geloof ik, geen twijfel. Niet alleen blijkt het uit het aangeteekende bij Mr. Voorduin, VIII, 9, maar vooral uit de geschiedenis van de overeenstemmende bepalingen van het Fransche regt, waarop het onze is geworteld.

Zie daaromtrent TOULLIER, Bruss. ed, V (Fransche ed. IX), n° 230, en het rapport van JARD-PANVILLIER over a. 109 *O. de C.* Maar daaruit alleen zoude ik niet durven besluiten dat een zoo enorm voorregt aan alle kooplieden en neringdoenden ware gegeven, dat zij in ieder geval het exceptionele handelsbewijs ook tegen niet-kooplieden zouden hebben. Dit toch is van hoogst uitgestrekte gevolgen. Men zie daaromtrent *Nieuwe Regtsgel. Bijdr.* 1855 (V), bl. 509.

„Eer zoude ik geneigd zijn aan te nemen, dat men meer het oog heeft op het belang van den handel in engeren zin, de regtsbetrekkingen van de kooplieden onderling, als wanneer de *ratio legis* eerder aanleiding zou geven om het handelsgetuigenbewijs alléén toe te laten wanneer de partijen over en weder een handelsdaad hebben verrigt, dan wanneer de eischer als koopman heeft gehandeld en de gedaagde als niet-koopman.

„Te vergeefs is, geloof ik, ook het beroep op de bepaling van a. 1919 B.-W. om aan te toonen, dat het in den geest onzer wetgeving zou liggen om, wat het bewijs betreft, den koopman boven den particulier te bevoordeelen. Het is waar, bij dat a. wordt een bewijsmiddel, het boekenbewijs, aan den koopman gegeven tegenover den particulier, dat de particulier niet bezit tegenover den koopman, maar om de eenvoudige reden, dat de particulier geen koopmansboeken houdt. Bovendien geloof ik, dat de bepalingen omtrent het boekenbewijs eer ten nadeele daar ten voordeele van de stelling der eischers zijn, want uit eene vergelijking van a. 1919 B.-W. met a. 10 K. blijkt, dat de bewijskracht, die de wet aan de koopmansboeken geeft tegen personen, die geen handel drijven, geheel anders is dan die tusschen kooplieden.

„Overigens komen de sustenuen van de eischers, zoo ik mij niet vergis, hierop neder.

„De eischers schijnen toe te geven dat hier, waar een koopman eene vordering instelt tegen een particulier, geen *zaak*

van koophandel bestaat als bedoeld bij a. 298 B.-R., *geen commercieel proces*, maar een gewoon *civiel proces;* doch zij beweren, en trachten dit te staven door een beroep op de a. 670, 1207, 1355 en 1915 B.-W., dat in a. 1935 B.-W. aan de uitdrukking *zaken van koophandel* niet de beteekenis moet gegeven worden van *handelsprocedures*, maar die van *commerciele handelingen*; voorts dat wat een eischer heeft te bewijzen is, volgens a. 1902 B.-W. *zijn* regt, of liever het feit, waarop hij zich tot staving van zijn regt beroept, niet een obligo van den gedaagde; dat dit feit hier is het bestaan van de handeling, en dat die handeling hier is niet civiel-regtelijk, maar commercieel, zoodat hier bestaat eene zaak van koophandel in den zin van a. 1935.

„Ik wil eens toegeven, dat in a. 1935 met zaken van koophandel worden bedoeld handelsdaden, dan volgt daaruit m. i. nog niet wat de eischers vermeenen.

„Wij verkeeren hier in het geval, dat twee personen eene overeenkomst zouden hebben aangegaan, waarbij de handeling van den eenen eene daad van koophandel is, en de handeling van den anderen het kenmerk van handel mist. Nu moet de koopman, als hij tegen den niet-handelaar uit de overeenkomst ageert, feiten bewijzen waarop zijn regt tot vorderen steunt; hij moet bewijzen de geposeerde handeling, waarvan de nakoming wordt gevraagd; maar dat is niet, en kan niet zijn, zijne eigene daad, maar de obligatoire regtshandeling van den gedaagde. Maar *in casu* is die te bewijzen handeling niet commercieel, maar zuiver civiel-regtelijk, zoodat, al verstaat men onder de woorden „zaken van koophandel” van a. 1935, daden van koophandel of commercieele handelingen, het a. hier alle toepassing mist.

„Ik acht het *middel* ongegrond en heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers qq. in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

„O., dat als éénig *middel* van cassatie is aangevoerd: schending door niet-toepassing van a. 1935 B.-W. en van a. 1 K., in verband met a. 1902, en verkeerde toepassing van a. 1933, beide van eerstgemeld Wetb., omdat het beklaagde arr. aanneemt dat regtsgedingen waarin de nakoming wordt geëischt eener overeenkomst tusschen een koopman als zoodanig met een ander, die geen koopman is, immers niet als zoodanig handelde, gesloten, alleen dan als zaken van koophandel in den zin van de beide eerstgemelde a. zijn aan te merken, wanneer de koopman is gedaagde in het proces, en dus niet wanneer (gelijk *in casu*) de koopman of zijn wettige vertegenwoordiger als eischer is opgetreden, en mitsdien op grond dat het onderwerp der vordering de som van ƒ 300 te boven gaat, het in eersten aanleg gewezen vonnis der arr.-regtb. te Rotterdam dd. 3 Jan. 1876 vernietigt en, op nieuw regt doende, de oorspronkelijke eischers qq., toen geint[n], thans eischers in cassatie, niet-ontvankelijk verklaart in hunne incidentele vordering om te worden toegelaten de door hen gestelde daadzaken door getuigen te bewijzen, en tevens, regt doende ten principale, de ingestelde vordering als onbewezen ontzegt;

„O., dat dit *middel* eigenlijk steunt op de bewering, dat de woorden „zaken van koophandel” in a. 1935 B.-W. en a. 1 K., gelijk ook in de a. 670, 1207, 1355 en 1915 B.-W., niet zouden beteekenen handelsgedingen, maar gelijke beteekenis zouden hebben als de woorden „daden van koophandel” in de a. 2 en 3 K., zoodat in alle gedingen, wanneer slechts eene der beide partijen eene daad van koophandel had verrigt, getuigenbewijs zoude zijn toegelaten;

„O., dat, zelfs al ware die opvatting der woorden „zaken van koophandel” juist, dan nog het *middel* niet zoude kunnen opgaan;

„O. toch, dat hier sprake is van eene overeenkomst, aangegaan tusschen een koopman en iemand, die niet als zoodanig handelde, welke door den laatsten wordt ontkend en

waarvan de eerste verlangt het bewijs door getuigen te leveren;

»O., dat de eischers mitsdien niet hunne eigene toetreding tot die beweerde overeenkomst, van welke toetreding de handelsregtelijke aard niet is betwist, verlangen te bewijzen, maar de toestemming van hunne wederpartij, die, zoo als tusschen partijen *in confesso* is, niet als koopman gehandeld heeft, zoodat de eischers niet aanbieden het bewijs te leveren van eene daad van koophandel, maar van eene gewone handeling, die geenerlei kenmerk van eenige daad of zaak van koophandel heeft;

»O., dat echter zoowel in a. 1 K. als in a. 1935 B.-W. sprake is van het bewijs dat in een regtsgeding voor den regter geleverd wordt, en dat mitsdien de woorden »zaken van koophandel« in die beide artikelen, even als in a. 298 B.-R., in procesregtelijken zin moeten worden opgevat, en niets anders kunnen beteekenen dan handelsregtsvorderingen of gedingen;

»O., dat in die regtsgedingen een bepaald middel van bewijs wordt toegelaten, en de toelaatbaarheid van dit bewijsmiddel derhalve alleen afhangt van den aard van het regtsgeding, waarin men van dat bewijsmiddel wil gebruik maken;

»O., dat een handelsregtsgeding is een zoodanig, waarbij de handhaving gevorderd wordt van eene handelsverbindtenis, dat is van eene verbindtenis die haren grond vindt in eene daad van koophandel;

»O., dat hier tusschen partijen *in confesso* is, dat de verw. in deze geene daad van koophandel heeft gepleegd, zoodat zijne beweerde verbindtenis op geene daad van koophandel kan zijn gegrond, en de tot handhaving van die verbindtenis strekkende regtsvordering alle karakter van handelszaak mist;

»O., dat het *middel* mitsdien is ongegrond;

»Verwerpt de voorziening in cassatie;

»Veroordeelt de eischers in hunne hoedanigheid in de kosten.«

No 1598. — Arrest van 26 April 1878.

(A. 135 en 238 Gem.-w. — Rhijnvaart-acte van 1868—1869, *St.* 1869, no 37.)

Is een gemeentebestuur krachtens het aangehaalde a. 135 *bevoegd verordeningen te maken omtrent de heffing van eene retributie wegens opening eener schipbrug, door welke brug het gebruik eener bevaarbare en vlotbare rivier, die volgens a.* 577 *B.-W. aan den Staat behoort, wordt beperkt?* — Ja.

Moet eene wettiglijk en regtmatig bestaande brug, hoezeer op eene Rijksrivier opgerigt, geacht worden deel uit te maken van het territoir eener gemeente en als eene gemeente-inrigting worden beschouwd, als bedoeld bij a. 238 *Gemeentewet?* — Ja.

Is de Rijnvaart-acte van het jaar 1868 *van toepassing op de heffingen voor opening en sluiting van de bruggen die mogten worden ingevorderd op andere waterwegen dan den Rijn en de daarmede gelijkgestelde rivieren, waartoe de IJssel* niet *behoort?* — Neen.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

»De eischeresse heeft van de gemeente Doesborgh teruggevorderd gelden, door haar betaald voor doorvaartgelden door de IJsselbrug te Doesborgh, geheven naar aanleiding van verordeningen van den Raad der gezegde gemeente.

»Die vordering is haar zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep ontzegd, en dientengevolge is thans als *cassatie-middel* voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 140 en 142 Grw., a. 135, 237, 232, 234, 235, 238, 240 en 254 der wet van 29 Junij 1851, *St.* n° 85, alsmede voormeld a. 240, gelijk het is gewijzigd bij de wet van 7 Julij 1865, *St.* n° 79, a. 577 en 625 B.-W., a. 1 der Verordening betreffende de invordering der doorvaartgelden voor het openen en doen uitdrijven van een afzonderlijk vak of gedeelte der IJsselbrug te Doesborgh bij het daarvaren van schepen en houtvlotten, vastgesteld door den Raad der gemeente Doesborgh 30 Oct. 1858, goedhekeurd bij Kon. besluit van 24 Oct. 1859, n° 1,

afgekondigd 23 Nov. 1859, en het Tarief dier doorvaartgelden, vastgesteld door den Raad der gemeente Doesborgh 27 Aug. 1861, goedgekeurd bij Kon. besl. van 26 Sept. 1861, no 47, afgekondigd 12 Oct. 1861, en voor zooveel noodig a. 3 der Herziene acte omtrent de Rijnvaart, 17 Oct. 1868 te Mannheim gesloten, en § 2 *a* van het daarbij behoorend Slotprotocol, goedgekeurd bij de wet van 4 April 1869, *St.* no 37, omdat de aangehaalde Verordening en Tarief geldend en verbindend, en de van de eischeresse geheven doorvaartgelden verschuldigd zijn geoordeeld.

»Het *middel* is eigenlijk gerigt tegen de gemeente-verordening en het gemeentetarief, minder tegen de daarop gegronde uitspraak van den regter.

»Met het oog op de jurisprudentie van den H.-R. dat de regter in het algemeen dergelijke gemeente-verordeningen, hoe onberispelijk ook in daarstelling en vorm, aan de wet mag toetsen, acht ik mij echter verpligt het *middel* te onderzoeken.

»De gemeente Doesborgh bezit over de rivier de IJssel een schipbrug, zooals is beweerd en niet tegengesproken, sedert eeuwen en krachtens een regt door de stad van keizer Karel V *titulo oneroso* verkregen.

»Omtrent dit regt wordt bij het bekl. vonnis beslist, dat de brug bestaat met goedvinden van de hooge regering, en dat gevolgelijk de schipperij zich aan belemmering, oponthoud en onkosten die het aanwezig zijn der brug haar mogt veroorzaken, moet onderwerpen, even alsof de brug van staatswege ware daargesteld.

»Tegen het regt van de stad Doesborgh om die brug in de rivier te hebben, is dan ook niet de procedure, en het minst het *middel* van cassatie gerigt.

»Ten behoeve van de doorvaart van de schepen door die brug is door de gemeente Doesborgh daarin een uitdrijvend vak gemaakt, dat van wege en ten koste der gemeente tot het doorlaten der schepen wordt geopend. Daarvoor wordt, inge-

volge de aangehaalde verordening eene retributie van de doorvarende schepen geheven.

„De positie is dus deze, dat in eene bevaarbare en vlotbare rivier bestaat eene wettige belemmering voor de scheepvaart, want iedere brug in zoodanige rivier, al wordt die ook voor het doorlaten van schepen geopend, is meer of min belemmerend, en de vraag is dus, geloof ik, deze: of de gemeente eene retributie mag heffen van de schipperij voor het zoo weinig mogelijk gevoelig maken van die belemmering.

„Onder de wetsbepalingen die geschonden of verkeerd toegepast zouden zijn door de beslissing, dat de verordening, volgens welke de heffing geschiedt, geldend en verbindend en de geheven doorvaartgelden verschuldigd zijn, worden bij het *middel* aangehaald a. 3 der Herziene acte omtrent de Rijnvaart, en § 2 *a* van het daarbij behoorend Slotprotocol. Omtrent die a. merk ik reeds dadelijk op, dat de eischeresse zich op a. 3 had beroepen, als bepalende dat geenerlei vergoeding voor het openen en sluiten der bruggen op de rivieren mogen worden geheven, waartegen bij het vonnis wordt opgemerkt, dat volgens het Slotprotocol die bepaling niet van toepassing is op andere waterwegen dan den Rijn (en de daarmede gelijkgestelde rivieren de Waal en de Lek) en dus niet op den IJssel. Deze beslissing is overeenkomstig den inhoud der bepalingen, en daardoor kunnen de bedoelde a. noch geschonden noch verkeerd toegepast zijn.

„Overigens is het *middel* in drie deelen verdeeld.

„Op het *eerste* gedeelte hebben betrekking de a. 140 Grw. en 136 Gem.-wet.

„Men beweert nl. dat, daar de IJssel als bevaarbare en vlotbare rivier, ingevolge a. 577 B.-W., behoort aan den Staat, deze alleen de bevoegdheid heeft om het gebruik dat ieder daarvan heeft, te regelen en te beperken, en dat de gemeente die bevoegdheid mist, daar deze alleen verordeningen mag

maken betreffende de huishouding der gemeente en het hier betreft eene rijkszaak.

»Ik geloof dat het gedeelte van het *middel* zijn feitelijken grondslag mist, daar wel de regtens bestaande brug, maar niet de plaatselijke verordening het gebruik van de rivier als waterweg beperkt. De verordening betreft het gebruik van eene inrigting in de gemeentebrug en dus voorzeker een huishoudelijk belang der gemeente.

»Maar al betrof de verordening de vaart op de rivier, dan nog zou voorzeker a. 577 B.-W. het gemeentebestuur niet verhinderen daaromtrent bepalingen te maken. Het geheele grondgebied van den Staat toch is verdeeld in provinciën en gemeenten, en de wetgevende magt van een gemeentebestuur strekt zich uit over de geheele gemeente, onverschillig of de afzonderlijke deelen dier gemeente behooren aan den Staat, aan de provincie, aan de gemeente of aan particulieren, dus ook over alle aan den Staat behoorende openbare wegen en wateren. De H.-R. besliste dit meermalen. Ik beroep mij alleen op twee arr., nl. van 5 Junij 1861 (v. D. HON., *G.-Z.* XVIII, 244; *N.-Rspr.* LXVIII, 155) en van 24 April 1866 (v. D. HON., *G.-Z.* XXII, 253; *N.-Rspr.* LXXXII, 400), omdat het daar betrof het strand van de zee en men zich ook toen had beroepen op a. 577 B.-W., en beweerd dat een gemeentebestuur geene verordening kon maken omtrent een eigendom van den Staat.

»Maar, zegt men, alleen huishoudelijke belangen, geene rijksbelangen mogen door den gemeenteraad worden geregeld, en ten betooge dat het hier een rijksbelang betreft, beroept de eischeresse zich op het Kon. besluit van 5 Junij 1851, *St.* nº 56, waarbij werd vernietigd eene bepaling van eene verordening der gemeente Arnhem, betreffende het varen met stoombooten en andere vaartuigen op den Rijn bij de schipbrug, o. a. op grond dat daarbij een algemeen, niet een huishoudelijk belang werd geregeld.

„Wat daarvan zij, die bepaling is bij Kon. besluit vernietigd, en wanneer dit niet geschied ware, zou zij nog verbindend zijn ingevolge a. 150 Gem.-w. Zoo zal ook de onderwerpelijke verordening, beschouwd met het oog op het belang dat daarbij wordt geregeld, verbindend blijven tot vernietiging door een Kon. besluit, want, hoever ook de H.-R. moge gegaan zijn in het beoordeelen der waarde van gemeente-verordeningen, steeds heeft hij, zoover mij bekend is, volhard in de meening dat gezegd a. 150 medebrengt, dat de vraag of eene gemeente-verordening al dan niet getreden is in hetgeen van algemeen rijks- of provinciaal belang is, niet ter beoordeeling staat van den regter, maar alleen van den Koning. Men zie de arr^n^ aangehaald in het eerste vervolg op de Afdeeling *Staatsregt* van LÉON's *Regtspraak* op a. 150, sub n° 1, bl. 819.

„Het *tweede* gedeelte van het *middel* betreft de grief, dat door de verordening in strijd met a. 142 Grw. en 187 Gem.-w. de doorvoer en de uitvoer naar en invoer uit andere gemeenten zou belemmerd worden.

„Bij de beschouwing van dit bezwaar begin ik met er op te wijzen, dat de H.-R. herhaaldelijk heeft beslist, dat het onderzoek of een reglement de in-, uit- en doorvoer belemmerde, was eene bij a. 11 Alg. Bep. verboden beoordeeling van de innerlijke waarde der wet. Men zie de arr^n^ van 18 Nov. 1862 (v. D. HON., *G.-Z.* XIX, 364; *N.-Rspr.* LXXII, 197); 21 April 1863 (v. D. HON., *G.-Z.* XX, 112; *N.-Rspr.* LXXIII, 424); 29 Mei en 19 Sept. 1868 (v. D. HON., *G.-Z.* XXII, 295 en 369; *N.-Rspr.* LXXXIII, 141 en 308). Maar dit daargelaten, antwoord ik de eischeresse dat, zoo er van eene belemmering van in-, uit- en doorvoer *in casu* kon sprake zijn, deze plaats heeft door de wettig bestaande brug, niet door de verordening; dat evenmin als er van belemmering de rede kan zijn, maar eer aan het tegendeel, aan bevordering van het vervoer moet gedacht worden, wanneer een slechte weg in een goeden

wordt herschapen en men voor de daarstelling en het onderhoud van dien weg een weg- of tolgeld heft, evenmin hier belemmering plaats heeft door eene retributie te heffen voor daarstelling, onderhoud en bediening van een verbeterden doorgang door eene belemmerende brug. In het systeem van de eischeresse zou inderdaad de heffing van *ieder* brug-, weg- of tolgeld in-, uit- en doorvoer moeten belemmeren, en toch worden die heffingen bij a. 238 j° 240 Gem.-w. als geoorloofd erkend. De wetsbepalingen in het *middel* genoemd zien dan ook m. i. enkel op belastingen in eigenlijken zin, bepaaldelijk op accijnsen, niet op die retributiën en loonen, welke bij a. 238 Gem.-w. met belastingen zijn gelijk gesteld.

»De werking van het beginsel in a. 237 opgenomen is voor het grootste gedeelte weggenomen door de wet van 7 Julij 1865, *St.* n° 79, die geene plaatselijke accijnsen meer geheven wil hebben. Zie OOSTERWIJK, *Gem.-wet*, op a. 237, bl. 1283.

»In de *derde* plaats wordt de opmerking gemaakt dat de bepalingen der gemeente-verordening geen steun vinden in a. 238 en de daarmede in verband staande a. 240 en 254 Gem.-w. Doorvaartgelden, zegt men, worden in a. 238 niet met name genoemd. Dit is waar, evenwel spreekt het a. van *boomgelden*, die wel eenige overeenkomst met het hier gehevene hebben; maar bovenal, het a. spreekt van gelden voor het gebruik of genot van openbare gemeentewerken, bezittingen of inrigtingen, en dat van door of van wege het gemeentebestuur verstrekte diensten, tot welker kosten van aanleg, onderhoud en verstrekking het gemeentebestuur, blijkens a. 254, de gebruikers zal kunnen laten bijdragen.

»Ik geef gaarne aan de eischeresse toe, dat de IJsselbrug is een werk, waarvan de scheepvaart niet heeft gebruik of genot, maar slechts belemmering en last, maar men zie daarbij niet over het hoofd, dat die brug regtens bestaat en dat men tegen het bestaan dier brug niet opkomt. Die brug mag men

zich bij de voorstelling der zaak niet wegdenken. En nu is de vraag of de scheepvaart niet heeft gebruik en genot van eene inrigting door de gemeente in de brug gemaakt, onderhouden en bediend, waardoor de belemmering, die de brug voor de scheepvaart aanbiedt, tijdelijk wordt weggenomen en eene gemakkelijke gelegenheid gegeven om de vaart voort te zetten, eene vraag die voorzeker bevestigend beantwoord moet worden. En wanneer men nu zegt, dat de scheepvaart gebruik en genot heeft alleen van de rivier, en er geene retributie kan verschuldigd zijn voor het van gemeentewege niet onmogelijk maken van dat gebruik en genot, dan vergeet men het onderscheid, dat er bestaat tusschen het *niet onmogelijk* en het *gemakkelijk* maken, en bovendien blijft men in gebreke op te geven eenigerlei wetsvoorschrift, waaruit blijkt van dat onbeperkte regt van gebruik en genot van de scheepvaart, en van het regt om te eischen, dat kosteloos geschiede ieder werk strekkende om de vaart gemakkelijk en zeker te maken.

„Geen der aangehaalde a. kan dus m. i. verhinderen dat de gemeente eene retributie heffe van de door haar op deze wijze aan de scheepvaart bewezene diensten, en ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischereese in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Wat betreft het voorgestelde *middel* van cassatie: beweerde schending en verkeerde toepassing van de a. 140 en 142 Grw., de a. 135, 237, 232, 234, 235, 238, 240 en 254 der wet van 29 Junij 1851, *St.* n°. 85, alsmede voormeld a. 240, gelijk het is gewijzigd bij de wet van 7 Julij 1865, *St.* n°. 79, de a. 577 en 625 B.-W., a. 1 der Verordening betreffende de invordering der doorvaartgelden voor het openen en doen uitdrijven van een afzonderlijk vak of gedeelte der IJsselbrug te Doesborgh bij het doorvaren van schepen en houtvlotten, vastgesteld door den raad der gemeente Doesborgh 30 Oct. 1858,

goedgekeurd bij Kon. besluit van 24 Oct. 1859, n° 1, afgekondigd 23 Nov. 1859, en het Tarief dier doorvaartgelden, vastgesteld door den raad der gemeente Doesborgh 27 Aug. 1861, goedgekeurd bij Kon. besluit van 26 Sept. 1861, n° 47, afgekondigd 12 Oct. 1861, en, voor zooveel noodig, a. 3 der Herziene acte omtrent de Rijnvaart, 17 Oct. 1868 te Mannheim gesloten, en § 2 *a* van het daarbij behoorende Slotprotocol, goedgekeurd bij de wet van 4 April 1869, *St.* n° 37, omdat de aangehaalde Verordening en Tarief geldig en verbindend en de van de eisch^{sse} geheven doorvaartgelden verschuldigd zijn geoordeeld;

»O., dat de eerste en voornaamste bewering waarop het *middel* van cassatie is gegrond deze is, dat de daarbij aangehaalde Verordening en Tarief niet zouden betreffen de huishouding der gemeente Doesborgh, maar eene Rijkszaak, omdat de IJssel, als bevaarbare en vlotbare rivier, behoort aan den Staat, aan wien alléén de bevoegdheid toekomt het gebruik, hetwelk ieder van zoodanige *res publica* heeft, te beperken;

»O., dat ten deze in aanmerking komt, dat bij het bestreden vonnis als vaststaande is aangenomen, dat voldoende regtens consteert, dat de ten processe bedoelde brug bestaat met goedvinden van de hooge regering, en dat de gegrondheid van deze beslissing bij het *middel* van cassatie niet is bestreden; dat voorts op grond daarvan teregt is aangenomen, dat gevolgelijk de schipperij zich aan belemmering, oponthoud en onkosten, die het aanwezig zijn der brug haar mogt veroorzaken, moet onderwerpen, even alsof de brug van Staatswege ware daargesteld;

»O., dat hieruit dan ook verder volgt, dat de alzoo wettiglijk en regtmatig bestaande brug, hoezeer op eene Rijksrivier opgerigt, deel uitmaakt van het territoir der gemeente en is eene gemeente-inrigting van Doesborgh, die, even als iedere andere gemeentelijke inrigting, door het bestuur der gemeente moet

worden beheerd en onderhouden en verzorgd, zoodat ze kan dienen tot het doel, waarvoor ze is daargesteld, en zonder dat aan de regten van den Staat of van wien ook, met name die van de scheepvarenden, werde te kort gedaan;

»O., dat alzoo de verordening, waarin de vereischte maatregelen zijn opgenomen die tot het bereiken van gemeld doel dienstig zijn, moet worden gerekend te zijn eene verordening betreffende de huishouding der gemeente, waarvan het maken, naar a. 135 Gem.-w. behoort tot de bevoegdheid van den raad der gemeente Doesborgh;

»O., wat aangaat de vraag: of dan ook bij de verordening en het tarief daarbij behoorende, de betaling van doorvaartgelden voor het openen en doen uitdrijven van een afzonderlijk vak of gedeelte van de brug, aan de scheepvarenden mogt zijn opgelegd, dat die gelden kennelijk vallen in de termen van a. 238 Gem.-w., en als gelden verschuldigd gesteld voor het gebruik of genot van openbare gemeentewerken of inrigtingen en voor van wege het gemeentebestuur verstrekte diensten, en dat alzoo de heffing daarvan niet is in strijd met eenig der ten deze aangehaalde wetten;

»O., wat aangaat het verder gemaakt bezwaar, dat door de toegepaste verordening en tarief de doorvoer, in- en uitvoer uit andere gemeenten zou worden belemmerd, in strijd met de Grondwet en de Gemeentewet, en dus met verkorting van de regten der scheepvarenden, waartoe de eischende maatschappij behoort, dat die belemmering, zoo ze al mogt bestaan, een gevolg zou zijn niet van de verordening maar van het bestaan der brug, die, zooals reeds is vermeld, wettiglijk bestaat;

»O., dat evenmin kan opgaan het beweren dat aan de geldigheid der bij de verordening en het tarief gemaakte bepalingen zou in den weg staan de Rijnvaart-acte van het jaar 1868, omdat, wat er ook al zou mogen zijn van de uit die acte aangehaalde bepaling van a. 3, bij het mede aangehaalde Slot-protocol der

acte uitdrukkelijk is bepaald, dat gemeld artikel niet zou geacht worden van toepassing te zijn op de heffingen voor opening en sluiting van de bruggen, die mogten worden ingevorderd op andere waterwegen dan den Rijn, waardoor alzoo de toepasselijkheid voor wat aangaat bruggen op den IJssel van zelf vervalt;

„O, dat op deze gronden het aangevoerde *middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eisch^sse in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1599. — Arrest van 10 Mei 1878.

A. 180 B.-R.)

Is bij het beklaagde vonnis de overtreding van het verbod van dit a. aangenomen op grond van de strekking der ingestelde vordering, en is die beslissing, als berustende op de opvatting en uitlegging van dagvaarding en dingtalen, zuiver feitelijk? — JA. (*)

Ten verzoeke van W. v. D. B. Jz., eischer in cassatie tegen een vonnis der arr.-regtb. te Utrecht van 7 Nov. 1877, vertegenwoordigd door den advocaat mr. A. P. T. EIJSSELL, is gedagvaard J. v. D. G., bouwman, wonende te Leersum, om, vertegenwoordigd volgens de wet, te verschijnen ter openbare teregtzitting van den H.-R.;

„A. de eischer bij zijne introductieve dagvaarding en conclusie van eisch heeft gesteld, dat hij is eigenaar van de tiend genaamd en bekend als *„de kleine broektiend"* te Leersum, en als zoodanig heeft het wettig bezit van het regt van tiend op de daaraan tiendpligtige perceelen grond, — dat de verw. is eigenaar en verbruiker van een perceel bouwland, gelegen

(*) In eene tweede zaak van gelijken aard, heeft de H.-R. onder dezelfde dagteekening een eensluidend arr. gewezen.

te Leersum, waarvan de belendingen naauwkeurig zijn opgegeven en kadastraal bekend aldaar in Sectie C, nº 35; — dat in 1876 dat perceel met rogge en boekweit is beteeld geweest; — dat de gedaagde den verschuldigden tiend van die gewassen met den oogst van dat jaar heeft weggehaald en doen weghalen, waardoor de eischer in zijn bezit en genot van voormeld tiendregt is gestoord, — en op die gronden heeft gevorderd en geconcludeerd, dat hij eischer bij vonnis worde gehandhaafd in het bezit van zijn regt van tiend genaamd »*de kleine broektiend*« te Leersum, met dit gevolg (zooals in het beklaagde gewijsde nader is omschreven), dat de verw. zou worden gelast zich van elke stoornis te onthouden, den eischer in het ongestoord bezit van zijn tiendregt te laten en hem eischer te vergoeden de schade ten gevolge der voormelde stoornis geleden en te lijden;

»A. de gedaagde deze aan a. 606 B.-W. ontleende regtsvordering niet alleen heeft bestreden *au fond*, ontkennende èn het door den eischer zich toegeschreven eigenaarsregt van tiendregt, genaamd »*de kleine broektiend*« te Leersum, èn het weghalen van aan den eischer verschuldigde tiend, èn de geposeerde betaling van het gelibelleerd perceel, èn door het weghalen van den oogst zijner eigendommen of door eenige andere handeling den eischer in eenig bezit van tiendregt, speciaal van het bij dagvaarding vermelde, te hebben gestoord, met ontkentenis tevens van dat bezit, — maar bovendien en vóór dat alles heeft beweerd de niet-ontvankelijkheid der actie op den aan a. 130 B.-R. ontleenden grond, dat de eischer de regtsvordering over het bezitregt zou hebben vereenigd met die over de zaak zelve;

»A. toen de eischer beproefd heeft tot bewijs te geraken van het rustig, vredig, openbaar en ongestoord bezit van zijn tiendregt en van de daarin door hem in 1876 van wege gedaagde ondervonden stoornis, door aan te bieden bewijs door

getuigen van een vijftal in het beklaagde vonnis omschreven feiten, die weder door den verw. zijn ontkend, maar bovendien zijn bejegend met het beweren, dat het bewijs daarvan niet zou wezen ter zake dienende en afdoende;

„A. deze exceptieve bestrijding ingang heeft gevonden bij den regter, die, des eischers incidentele conclusie passerende, hem in zijne vordering zelve niet-ontvankelijk heeft verklaard, wegens de bij a. 130 B.-R. verboden cumulatie van petitoir en possessoir;

„A. de eischer bij deze tegen dat vonnis als *middel van cassatie* aanvoert: schending en verkeerde toepassing van de a. 564, 584, 585, 604, 613, 614, 615, 621, 787, 788, 802 B.-W. en de a. 130, 131 en 249 B.-R., door toe te wijzen in plaats van te verwerpen de evenverstelde door verw. ten onregte voorgemelde exceptie van niet-ontvankelijkheid en door den eischer niet toe te laten tot zijne incidenteel aangeboden bewijslevering;

„A. de wet het possessoir regtsmiddel van a. 606 B.-W. toekent aan ieder civiel-regtelijk bezitter, ook aan den bezitter onder den titel van eigenaar, wanneer hij in zijn bezit gestoord wordt, en dat zoowel tot handhaving in de *juris quasi possessio* van tiendregt en dergelijke zakelijke regten, als tot handhaving in het bezit van onroerend goed;

„A. door de eigen beslissingen van het beklaagde vonnis, vaststaat, dat de vordering van het introductief exploit strekt om te verkrijgen dusdanige handhaving in het bezit van een tiendregt, genaamd „*de Kleine Broektiend* te Leersum," ja, dat bij die dagvaarding alleen sprake is van *bezit* en van *handhaving* in bezit;

„A. uit dat vonnis ten aanzien van den inhoud der door eischer ingestelde vordering al verder blijkt, dat hij bij zijne dagvaarding heeft beweerd en gesteld zoowel het *bezit* van zijn onder even vermelden naam bekend tiendregt, als de *stoornis* daarin van wege gedaagde door het (geheel) weghalen van den

oogst van zeker aan dat tiendregt onderworpen en met tiendbare vrucht beteeld perceel, — daarbij tevens constaterende, dat hij eischer verder heeft gevorderd veroordeeling van gedaagde om *die* stoornis, het onvertiend weghalen van den tiendbaren oogst, te doen ophouden en om hem wegens *die* daad kosten, schaden en interessen te vergoeden, en dat juist *deze* de kenmerken zijn der possessoire vorderingen, welke het B.-W. wegens stoornis ook in het bezit van tiendregt toekent;

„A. alreeds hierom eene aldus gelibelleerde dagvaarding niet in strijd kan wezen met a. 130 B.-R., en de regtb., anders oordeelende, dit a. heeft miskend, — omdat naar de eigen opmerking der regtb. dit wetsvoorschrift strekt tot toewijzing *tegelijk* van eene petitoire met eene possessoire vordering te voorkomen, en eene dagvaarding, die alleen van bezit gewaagt en handhaving vordert slechts van zoodanig bezit, *eo ipso* niet behelst een eisch dat de regter ten petitoire, dat is over het regt op de zaak zelve, vonnis zal wijzen;

„A. de *judex facti* zeer teregt overweegt, dat de eischer tegenover des gedaagden onbeperkte ontkentenis allereerst zal hebben aan te toonen het object zelf van zijn bezit, en hiertoe bewezen zal moeten worden niet alleen het bezit van een zeker tiendregt genaamd „*de Kleine Broektiend* te Leersum„, maar bepaaldelijk ook „de onderworpenheid van het perceel, waar„van gedaagde den tiendbaren oogst onvertiend heeft wegge„haald, aan dat bezeten tiendregt;

„A. echter door deze overweging, welke de *judex facti* nader aangedrongen wil hebben door de opmerking, dat *in casu* de rede is niet van een algemeen tiendregt of van een blok- of cirkeltiend, maar van *springende tiend*, alle gevolgen vervallen, welke hij *judex facti* uit het bezigen der benaming „*de Kleine Broektiend*„ wil afgeleid hebben;

„A. dan ook het den verw. te laste gelegde feit, 't welk eischer gequalificeerd heeft als *stoornis* in het onder dien naam

bekende tiendregt, bij dagvaarding naauwkeurig is omschreven als het onvertiend weghalen van den tiendbaren oogst ***van één bepaald den gedaagde toebehoorend perceel***, en ter zake daarvan gevraagd is het zeer ***beperkt condemnatum***, slechts strekkende om ***die*** daad van stoornis ongedaan te maken en slechts voor ***die*** daad vergoeding te doen praesteren;

„A. de regtb. hare slotsom: „dat de beantwoording der vraag of verw.'s perceelen onderworpen zijn aan het (door eischer onder de benaming van: „***de Kleine Broektiend*** te L." bezeten) tiendregt, noodwendig een onderzoek over het regt tot de zaak zelve zou „ten gevolge hebben", doet berusten op de overw.: „dat de omvang van het tiendregt eene regtsbetrekking van zakelijk regt daarstelt tot de zaak, waarop het rust;

„A. het den eischer niet is mogen gelukken het logisch verband te ontdekken tusschen deze conclusie en hare praemisse: maar hij, wat hiervan ook zijn moge, tegen 's regters redenering al dadelijk moet doen gelden dat, al kon het beweren van bezit van „***de Kleine Broektiend***" den regter noodzaken tot een onderzoek naar het bezit van tiendregt over grootere uitgestrektheden dan die van het perceel, waarvan bij dagvaarding de rede, dat onderzoek toch nimmer regtsgevolg zou kunnen hebben buiten de streng afgeperkte grenzen der ***tegenwoordige litiscontestatie*** met ***dezen*** verweerder;

„A. voorts, zelfs al verkeerde hieromtrent de eischer in dwaling, zoodanig onderzoek ***nooit en nimmer*** zou kunnen hebben het gevolg, waarop het hier aankomt, omdat op dat beweerde gevolg de regtb. haar dictum van niet-ontvankelijkheid bouwt: het gevolg nl., dat de regtb. zou moeten treden in een onderzoek ***ten petitoire*** van het onder meergenoemden naam aangeduide tiendregt, d. i. onderzoek niet alleen naar hetgeen onder dien naam door eischer wordt ***bezeten***, doch ook naar de vraag welke ***regten*** van tiendheffing eischer zich heeft verworven en door hem bewezen worden;

„A. 's regters overwegingen dat: „*de Kleine Broektiend* te L. is de benaming noch van een algemeen, noch een bloktiendregt; dat voorts bewijs van bezit van „*de Kleine Broektiend*„ niet involveert bewijs van het bezit van tiendregt op *verw.'s* perceel, zoodat bovendien bewijs *in specie* dáárvan vereischt zou zijn,„ den eischer regt geven om omgekeerd te sustineren dat het antwoord op de vraag, of het bezit van tiendregt op verw[s] *speciatim* aangeduid perceel werd uitgeoefend door hem eischer als bezitter van dit tiendregt, welks bezit hij zich bij dagvaarding heeft toegeschreven, en of de verw. dat geposeerde bezit *gestoord* heeft door van dat perceel onvertiend weg te halen de tiendbare vrucht, *geheel intact* laat de bij introductief exploit *niet* opgeworpen vraag of ook regten van tiendbezit op *andere* gronden geïnvolveerd zijn in het gesteld bezit van „*de Kleine Broektiend*„, en dat in elk geval het antwoord op *deze* bij dagvaarding *eeniglijk* opgeworpen vragen, geen verderen of anderen invloed kunnen hebben op het buiten hare grenzen liggend *petitoir* vraagpunt: of eischer tot tiendheffing onder de ten processe vermelde benaming van „*de Kleine Broektiend*„ *geregtigd* is over *welke* grondstukken ook, hetzij van verw. hetzij van derden, dan dien gansch algemeenen invloed van elke toegewezen bezitsactie, dat in het petitoir contest de *beatus possessor* van voordeeliger conditie is;

„A. 's regters systeem evenmin geregtvaardigd wordt door de redeneringen daarbij aan eischers bewijs-aanbod ontleend;

„A. toch, wanneer door de gestelde feiten wel kan bewezen worden dat de eischer gedurende zekeren tijd tiendbare vruchten van gedaagdes perceel heeft ontvangen, *maar niet* „het bestaan „van een tiendregt, zooals door den eischer wordt beweerd „hem toe te behooren onder den naam van „*de Kleine Broek*„*tiend* te Leersum„ en evenmin, dat het genoemde perceel „van den ged. tot die aan den eischer tiendpligtige streek „zoude behooren,„ — daaruit van zelf volgt, dat eischer van

den regter slechts heeft gevraagd onderzoek of hij al dan niet is in het bezit van het tiendregt op *gedaagdes perceel*, al zij dan dit tiendregt onder eene benaming, die welligt ook de tiendheffing op andere gronden specteert (doch van welke verdere extensie blijkens het vonnis zelf *niet* de rede is in eischers bewijs-aanbod) bekend als »*de Kleine Broektiend* te Leersum,» en al zij dan eischers bezit van tiendregt op *gedaagdes perceel* uitgeoefend, namens hem eischer, door den pachter van »*de Kleine Broektiend*;»

»A. de *judex facti* zelf in de negatieve helft harer overw. tevens al weder constateert, dat in het tot staving van den inhoud der dagvaarding aangeboden bewijs niets voorkomt tot aantooning van *regt* op tiendheffing of tiend-*pligtigheid* of *toebehooren* van tienden, m. a. w. niets van hetgeen bij eene vordering met petitoire strekking het allereerst te bewijzen gesteld zou moeten worden;

»A. daardoor tevens de regtb. zelve te niet doet hare bewering dat eischer van haar zou hebben begeerd een zoodanig onderzoek naar den omvang van het door hem bezeten tiendregt, als noodwendig een onderzoek naar het regt op de zaak zeker zou ten gevolge hebben;

»bij arr. van den H.-R. te hooren uitspreken algeheele tenietdoening van het beklaagde vonnis, 7 Nov. 1877 door de arr.-regtb. te Utrecht tusschen partijen gewezen, en, doende wat s. r. de regtb. had behooren te doen, met verwerping van de door hem verw. voorgestelde exceptie te hooren verstaan, dat de eischer is ontvankelijk in zijne vordering gelijk hij die heeft ingesteld, — met verwijzing overigens der zaak naar welgemelde regtb., om, met inachtneming van 's H.-R. arr., die alzoo ontvankelijk verklaarde vordering verder te onderzoeken en te beregten; — eindelijk, te hooren uitspreken de veroordeeling van den verw. in de kosten, zoowel van het beroep i. c. als van de tot dusver gevallen kosten van eersten aanleg.»

Voor den verw. i. c. is de volgende conclusie genomen:

„A. bij vonnis der arr.-regtb. te Utrecht van 7 Nov. 1877 is gepasseerd het aanbod van den eischer tot bewijslevering en de eischer is verklaard niet ontvankelijk in zijne vordering *c. e.*;

„A. de eischer tegen dat vonnis heeft voorgesteld als eenig *middel v. cassatie*: schending en verkeerde toepassing van de a. 564 enz.;

„A. de eischer op dit *middel* alléén vraagt, dat hij zal worden verklaard ontvankelijk in zijne vordering, en dus *niet* dat de H.-R. ten aanzien van des eischers bewijslevering, die door de regtb. werd gepasseerd als niet ter zake dienende en afdoende, zal geven de beslissing dat wat zij wil is ter zake dienende en afdoende;

„A. dus, waar deze beslissing der regtb. steeds onaangerand zal moeten blijven vaststaan, eene ontvankelijkheid-verklaring van den eischer in zijne vordering, met terugwijzing der zaak naar de regtb., steeds zou moeten blijven zonder effekt, en dus van het hiertoe leidend *cassatie-middel* geen onderzoek is te vergen;

„A. ook afgescheiden hiervan het voorgestelde *cassatie-middel* van allen grond is ontbloot;

„A. de ingestelde vordering, blijkens het vonnis *a quo*, strekte: 1° tot handhaving van den eischer in het bezit van het tiendregt „*de Kleine Broektiend* te L.,” waarvan hij zeide eigenaar te zijn en als zoodanig het bezit te hebben van het regt van tiend op de daaraan tiendpligtige perceelen gronds, en in welk regt hij gestoord is door den ged., door het weghalen van den oogst van het omschreven perceel; 2° om de stoornis te doen ophouden en den eischer in het rustig bezit van dat regt te laten; 3°. tot vergoeding van kosten, schaden en interessen;

„A. deze beslissing omtrent de strekking der vordering is *feitelijk*, en daarop in cassatie niet kan worden teruggekomen;

„A. daarnevens, volgens de beslissing van den *judex facti*,

feitelijk vaststaat: »dat er ten deze geen sprake is van een algemeen tiendregt, of van eene blok- of cirkeltiend, waarbij alle landen, in een zekeren kring gelegen, aan tiendregt onderworpen zijn en dus stoornis in het bezit op een perceel in dien kring gelegen, stoornis in het bezit van het *geheele* tiendregt medebrengt, doch dat het door den eischer gestelde regt de zoogenaamde springtienden betreft;»

»A. de regtbank nader feitelijk constateert, dat de eischer handhaving in het bezit van het tiendregt »*de Kleine Broektiend* te L.» *als geheel* heeft gevorderd, en beweerd heeft in dat bezit te zijn gestoord, doordien de ged. den oogst van het bij de dagvaarding omschreven perceel heeft weggehaald;

»A. de eischer niet betwist, maar veeleer erkent de juistheid van de uit die strekking der actie door de regtbank afgeleide gevolgtrekking, dat de eischer in de eerste plaats het bestaan van dat bepaalde regt (het tiendregt: »*de Kleine Broektiend*» als geheel) zou behooren aan te toonen, alsmede dat het zich over het omschreven perceel (van ged.) uitstrekt, en dit daaraan regtens onderworpen is;

»A. de regtb. nu verder heeft overwogen, dat: »hoewel bij dagvaarding en conclusie van eisch alleen sprake moge zijn van bezit en *handhaving in het bezit*, de strekking der actie, zooals die is ingesteld, en mitsdien ook het daarmede overeenkomstig vonnis *tevens* eene beslissing zou behelzen over het *regt op de zaak*, in strijd met de wet, welke verbiedt bij dezelfde dagvaarding vereenigd in te stellen de actiën ten possessoire en ten petitoire, met het doel de toewijzing van beiden te gelijk te bekomen;» voorts: »dat die verboden *cumulatie* nog nader blijkt uit het door den eischer tot staving zijner vordering aangeboden *bewijs;*»

»A. nu, waar de *judex facti* f e i t e l ij k heeft beslist, dat de strekking der actie, waarbij *in casu handhaving in het bezit* is gevraagd, tevens is te verkrijgen beslissing over het *regt*

op de zaak, en dat mitsdien ook het daarmede overeenkomstig vonnis *tevens* zou behelzen eene beslissing over het *regt op de zaak*, — geen sprake kan zijn van verkeerde toepassing van a. 130 B.-R., het eenige der, door den eischer i. c. aangehaalde a., waarop het in deze aankomt;

»A. toch dit a. niet, gelijk de eischer schijnt te willen doen ingang vinden, enkel verbiedt dat het dispositief eener dagvaarding *nevens eisch tot handhaving in bezit* tout cru bevat eene *revindicatie*, — hoedanig brutaal *cumul* wel niemand zal wagen, — maar voormeld a. wel degelijk, ook blijkens het door den eischer i. c. niet aangehaald a. 201 B.-R., ook verbiedt eene *possessoire* actie zoo in te stellen dat ter harer beslissing overmijdelijk is beslissing *ook* over het *regt op de zaak;*

»A. nu, gelijk gezegd is, 's regters beslissing dat dit *in casu* het geval is, is zuiver *feitelijk;*

»A. deze beslissing niet wordt vatbaar voor onderzoek i. c. door de motieven, waarmede de regter die beslissing *in casu* heeft gestaafd;

»A. namelijk de regtb. bedoelde hare beslissing heeft gemotiveerd met de overweging, dat de omvang van het tiendregt *»de Kleine Broektiend* te L.» waarin *als geheel* de eischer de handhaving heeft gevorderd, met beweren van in *dat* bezit te zijn gestoord door de oogstweghaling van een perceel van ged., eene regtsbetrekking van zakelijk regt daarstelt tot de zaak waarop het rust, en dat dus de beantwoording der vraag of ged. perceel aan eischers regt onderworpen is, noodwendig een onderzoek over het *regt op de zaak* zelf zou tengevolge hebben;

»A. deze overw. onmogelijk strijdig is te achten met een der aangehaalde wetsa., vermits geen daarvan iets ten aanzien van dat overwogene bepaalt;

»A. daarenboven die overw. is volkomen juist;

»A. toch waar de eischer beweert bezit van tiendregt *»de Kleine Broektiend»* te L. en beweert in het bezit van dat

tiendregt te zijn gestoord; omdat van zeker perceel van ged. de oogst onvertiend is weggehaald, en hij hierom vraagt ***handhaving in het bezit*** van voormeld tiendregt, ***als geheel***, op deze vordering niet kan worden beslist zonder onderzoek en beslissing of werkelijk, gelijk de eischer stelt, het bedoelde perceel van ged. aan voormeld ***als geheel*** beweerd tiendregt onderworpen is, dus voor alles, of dit ***als geheel*** beweerd tiendregt bestaat en of het zich uitstrekt over vorenbedoeld perceel, vermits anders van bezit van het, ***als geheel*** beweerd tiendregt, „***de Kleine Broektiend***" en van stoornis in het bezit van ***dat*** tiendregt door het onvertiend weghalen van den oogst van bedoeld perceel van ged[e] geen sprake kan zijn;

„A. hiertegen ten onregte en vruchteloos door den eischer wordt aangevoerd, dat het den verw. ten laste gelegde feit bij dagvaarding naauwkeurig omschreven is als het onvertiend weghalen van den tiendbaren oogst van één bepaald den ged[e] toebehoorend perceel, en ter zake daarvan gevraagd is het zeer beperkt ***condemnatum***, slechts strekkende om die daad van stoornis ongedaan te maken, en slechts voor die daad vergoeding te doen praesteren;

„A. toch de eischer bij deze voorstelling vergeet dat volgens de feitelijke beslissingen des eersten regters, zijn vordering had de zeer uitgebreide strekking om te doen uitmaken: 1° ***zijn bezit*** van — en dus vóór alles ***het bestaan*** van het door hem ***als geheel*** beweerde tiendregt „***de Kleine Broektiend*** te L." op de aan dat regt tiendpligtige perceelen gronds, voorts 2° ***den omvang*** van dat tiendregt, omdat dit zich uitstrekte over het bij dagvaarding bedoelde perceel, — en mitsdien 3° dat de eischer in het bezit van voormeld, ***als geheel*** beweerd tiendregt was ***gestoord*** door het onvertiend weghalen van den oogst van het bij dagvaarding bedoelde perceel, en wegens ***deze*** daad vermogt te eischen ***handhaving in het bezit*** van vorenbedoeld ***als geheel*** beweerd tiendregt;

»A. de eischer nog wel aanvoert, dat zijne dagvaarding geheel intact laat de vraag, of ook regten van tiendbezit op *andere* gronden geïnvolveerd zijn in het gesteld bezit van het tiendregt *»de Kleine Broektiend»*, maar voldoende is hiertegen op te merken, dat blijkens de beslissing van den *judex facti*, de eischer beweert bezit, en vraagt handhaving in het bezit van een tiendregt *als geheel*, waarvan het tiendregt op ged.'s perceel zou uitmaken *een deel*, en dat gedaagdes handeling met opzigt tot den oogst van dit perceel zou opleveren *stoornis* in het bezit van eerstgemeld tiendregt *als geheel;*

»A. dus eischers voorstelling, als ware het tiendregt *»de Kleine Broektiend»* onder L., dat als geheel geposeerd is, niet van verdere strekking dan, maar synoniem met tiendregt op het perceel van gedaagde, is feitelijk onjuist;

»A. de eischer voorts zegt buiten zijne vordering te hebben gelaten de petitoire vraag: of hij tot tiendheffing onder de ten processe vermelde benaming *geregtigd is*, hetzij over grondstukken van den verw., hetzij over grondstukken van anderen;

»A. terwijl de eischer het hierbij wil doen voorkomen als sustineerde hij bezit (onder een geheel nutteloos daarbij aangevoerden naam) slechts van een speciaal tiendregt op gedaagdes perceel, moet verwezen worden naar het vonnis *a quo*, waaruit blijkt, dat eischer met bezit en stoornis in en handhaving in bezit van zijn regt van tiend *»de Kleine Broektiend»* doelt op *een geheel*, op een *tiendregt over eene agglomeratie van aan dat regt onderworpen landen*, en wel zoodanig, waarbij de rede is niet van *bloktiend* of *cirkeltiend*, maar van *springtienden;*

»A. waar dus de *naam* hier niet was eene ter zake niet afdoende vlag, waaronder tiendheffing werd geposeerd, maar de *aanduiding van een tiendregt: »de Kleine Broektiend»* als geheel bezeten, op de daaraan tiendpligtige perceelen, — de bewering dat stoornis in *dat* tiendregt plaats had door onvertiend

weghalen van den oogst van gedaagdes perceel, noodwendig, nevens beslissing of *voormeld tiendregt*, hetwelk eischer beweerde te bezitten, bestond, beslissing vergde omtrent den omvang van dat tiendregt, en of gedaagdes perceel daaraan onderworpen was;

»A. dit teregt door den eersten regter zijn geoordeeld petitoire vragen, die in possessoir geding niet mogen worden beslist, en dit verbod blijft bestaan, al verklaart de eischer *geene* beslissing te hebben willen uitlokken, welke *andere* grondstukken dan die in de dagvaarding aangewezen, aan zijn beweerd tiendregt »*de Kleine Broektiend*« tiendpligtig zijn;

»Zoo concludeert Mr. A. M. van Stipriaan Luicius, als vertegenwoordigende den verw. in cassatie, dat bij arr. van den H.-R. de ten deze ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer i. c. in de kosten v. c.«

In deze zaak heeft de Proc.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

»Het vonnis der regtb. te Utrecht dd. 7 Nov. 1877, tusschen partijen gewezen, en waartegen deze voorziening in cassatie is gerigt, bevat twee *deelen*, luidende: *passeert* het aanbod van den eischer tot bewijslevering; *verklaart* den eischer niet ontvankelijk in zijne vordering en veroordeelt, enz.

»Bij dagvaarding in cassatie is gevraagd de algeheele te niet doening dier uitspraak; dat de eischer zal worden verklaard ontvankelijk, en de zaak teruggewezen ten einde de vordering te onderzoeken en te beregten.

»Nu is het *middel* van cassatie blijkbaar gerigt tegen het *tweede* dictum; dit blijkt zoowel uit de wijze waarop het *middel* is geformuleerd, als uit de aangehaalde a., wier schending of verkeerde toepassing is beweerd. Als zoodanig worden aangegeven de a. 564, 584, 585, 604, 606, 613, 614, 615, 621, 787, 788, 802 B.-W. en de a. 130, 131 en 249 B.-R. De geachte raadslieden waren het daarover geheel eens, dat voor

het *middel* van cassatie alleen de a. 130 en 131 B.-R. in aanmerking kunnen komen.

»Bij die formulering van het *middel* rijst de vraag in cassatie, of het passeren van het aangeboden getuigenbewijs in zulk een naauw verband staat met de niet-ontvankelijk verklaring der vordering, zooals die is ingesteld, dat bij vernietiging van het *tweede dictum* de uitspraak over het getuigenbewijs als van zelve moet vervallen.

»In den tienden cons. zegt de regtb., dat de daadzaken wel kunnen bewijzen dat de eischer gedurende zekeren tijd tiendbare vruchten van het aangeduide perceel heeft ontvangen, doch dat daaruit niet zou volgen het bewijs van het bestaan van een *tiendregt*, zooals zulks door den eischer wordt beweerd hem toe te behooren onder den naam van »*de Kleine Broektiend* te Leersum« en evenmin, dat het genoemde perceel van den gedaagde tot die aan den eischer tiendbare streek zou behooren of daaraan onderworpen is. Het aangeboden bewijs is dus gepasseerd, omdat de regtb. de ingestelde vordering beschouwt als eene petitoire actie, terwijl uit de strekking van het aangeboden bewijs wordt afgeleid, dat er ten deze een verboden *cumul* der petitoire met de possessoire actie heeft plaats gehad.

»Indien dus de actie was possessoir, dan zouden volgens de feitelijke beslissing de feiten zijn ter zake dienende en afdoende, de ontvankelijk-verklaring der actie zou medebrengen de pertinentie van het aangeboden bewijs.

»Nu geloof ik, dat de beslissing, dat de vordering, zooals die is ingesteld eene petitoire is, als feitelijk moet worden beschouwd.

»Bij het arr. van 30 Nov. 1865 (*N.-Rspr.* LXXXI, 197; v. d. Hon., *B.-R.* XXX, 83) heeft de H.-R. over den zin van a. 130 voornoemd uitspraak gedaan; maar vooral is hier belangrijk het arr. van 30 Junij 1853 (*N.-Rspr.* XLV, 197; v. d. Hon., *B.-R.* XVII, 78).

„De beslissing omtrent den aard en de strekking eener vordering moet verblijven aan den *judex facti* en eene possessoire vordering kan zoo worden ingekleed, dat de regtb. om haar te beslissen noodzakelijk moet treden in een onderzoek naar den eigendom der zaak.

„En nu overweegt het vonnis in de *zesde* overw., dat de ingestelde vordering strekt tot handhaving in het bezit van het tiendregt „*de Kleine Broektiend* te Leersum," waarvan de eischer zegt eigenaar te zijn en als zoodanig het bezit te hebben van het regt van tiend op de daaraan tiendpligtige perceelen gronds, in welk regt hij gestoord is door het weghalen van den oogst van het omschreven perceel.

„Die beslissing is m. i. *facti*, omdat zij betreft de uitlegging der dagvaarding. Daarbij was geposeerd, dat de eischer is *eigenaar* van den tiend, genaamd „*de Kleine Broektiend*", en gevorderd handhaving in het bezit van zijn regt van tiend genaamd „*de Kleine Broektiend.*" En nu overweegt het vonnis verder, dat de vordering betreft eene *springtiend* (de Raad vergelijke daarover een arr. van het Hof van Gelderland dd. 15 Dec. 1855, *Regtsgel. Bijbl.* 1856, bl. 124 volgg.) en leidt uit den aard der springtiend in de 8e overw. af, dat de stoornis in het bezit van *één* perceel niet medebrengt de stoornis in het bezit van het geheele tiendregt, en dat, ofschoon bij dagvaarding en conclusie alleen gevraagd is handhaving in het bezit, de *strekking* der actie, en ook het daarmede overeenkomstig vonnis tevens eene beslissing zou behelzen over het regt op de zaak.

„Wij kunnen hier dus hebben een *mal jugé*, en dit is het zeker indien de eischer bij zijne dagvaarding slechts heeft bedoeld aan te wijzen, dat het perceel, waarvan de oogst is weggehaald, een gedeelte is van *de Kleine Broektiend* of daaronder is gelegen. Eene bloote vermelding in de dingtalen van den eigendom der goederen, waarin men beweert gestoord te

zijn, maakt de vordering niet petitoir, maar wel indien tevens over den eigendom moet worden beslist. Indien de eischer werkelijk heeft *bedoeld* om gehandhaafd te worden in zijn bezit van den *geheelen* springtiend en beweerd heeft in *dat* bezit te zijn gestoord, omdat van één perceel de oogst is weggehaald, en de regter beslist dat deze is de strekking der actie, dan kan de regter die vordering niet beslissen zonder tevens te onderzoeken of de eischer werkelijk een regt van tiend had op het geheele tiendblok; en dit bewijs werd door hem bij de gevraagde *enquête* niet aangeboden.

»Over de bedoeling van de dagvaarding is dan ook voornamelijk de strijd tusschen partijen gevoerd; het geschil betreft niet de *qualificatie* maar den aard en de *strekking* der actie; de beslissing, dat die strekking is petitoir en niet possessoir is niet in strijd met een van de aangehaalde a. B.-W., maar dan kan ook de conclusie van den eischer in cassatie om de vordering aan een vernieuwd onderzoek te doen onderwerpen, niet worden toegewezen, want dan is a. 130 B.-R. niet verkeerd toegepast.

»Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep en veroordeeling van den eischer in de kosten, in cassatie gevallen.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eenig middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 564, 584, 585, 604, 606, 613, 614, 615, 621, 787, 788, 802 B.-W. en van de a. 130, 131 en 249 B.-R., door toe te wijzen, in plaats van te verwerpen, de voorgestelde exceptie der verboden vereeniging van petitoir met possessoir en door den eischer niet toe te laten tot zijne incidenteel aangeboden bewijslevering;

»O., dat de niet-ontvankelijkheid der ingestelde vordering bij het bestreden vonnis is aangenomen ter zake van overtreding van het verbod van a. 130 B.-R., op grond dat bedoelde

vordering heeft behalve eene possessoire, tevens eene petitoire strekking, terwijl het passeren van het aangeboden bewijs van die niet-ontvankelijkheid was onafscheidelijk;

»O., dat het in deze dus geheel aankomt op de toepassing van a. 130 B.-R., en de overige bij het *middel* aangehaalde wetsa., als rakende alleen het bezit en het tiendregt en de regtsgevolgen van een en ander, buiten aanmerking blijven;

»O. nu, dat overtreding van het verbod van a. 130 B.-R. bij het bestreden vonnis is aangenomen op grond der strekking van de ingestelde vordering;

»O., dat die beslissing berust op de opvatting en uitlegging van de dagvaarding en van de dingtalen;

»O., dat een en ander, als ten eenemale feitelijk, uitsluitend staat ter beoordeeling van den *judex facti*, op wiens oordeel ten dien aanzien in cassatie niet is terug te komen;

»O., dat mitsdien het aangevoerde *middel* van cassatie geheel op dat onherroepelijk oordeel afstuit;

»Verwerpt de voorziening;

»Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen.«

No 1600. — Arrest van 17 Mei 1878.

(A. 889 B.-R. jo a. 1424 B.-W.)

Zijn de aangehaalde a. B.-R. en B.-W. geschonden of verkeerd toegepast door onder de woorden: geregtelijke tenuitvoerlegging, *in eerstgenoemd a., het* conservatoir beslag onder derden *te begrijpen?* — Neen.

Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door aan de woorden staking *of* staken *de beteekenis te geven van* doen ophouden *of* vervallen? — Neen.

Is het gevolg zoowel van eene verklaring van kennelijk onvermogen als van eene faillietverklaring een ander dan dat een algemeen beslag ten behoeve van alle de schuldeischers gezamenlijk in de plaats treedt van de door afzonderlijke schuldeischers gelegde beslagen? — Neen.

Kan a. 1424 B.-W. worden ingeroepen, waar vaststaat, dat geene inbeslagneming bestond? — NEEN.

De handelsfirma M. en C°., destijds gevestigd te 's Gravenhage, heeft zich in cassatie voorzien tegen een arr. van het geregtshof te 's Gravenhage van 19 Nov. 1877, waarbij is uitspraak gedaan ten voordeele van den toen app. mr. A. J. W. v. R., adv. aldaar, in hoedanigheid van curator van mr. J. J. v. A., die bij vonnis der arr.-regtb. aldaar van 14 Julij 1876 is verklaard te verkeeren in staat van kennelijk onvermogen.

Bij dagvaarding deed de eisch^sse in cassatie den verw. aanzeggen:

„A. de geïnt. in zijn eisch ingesteld tegen de thans eisch^sse bij introductieve dagvaarding dd. 23 Sept. 1876 tot betaling van *f* 4227.50 bij vonnis der arr.-regtb. van 's Gravenhage dd. 30 Jan. 1877 is verklaard niet-ontvankelijk, in overeenstemming met de conclusie van het O.-M.;

„A. de thans verw. van dat vonnis is gekomen in hooger beroep en het Hof van 's Gravenhage bij gemeld arr. van 19 Nov. 1877, in strijd met de conclusie van het O.-M., gemeend heeft den oorspronkelijken eisch te moeten toewijzen met uitzondering van den gevraagden lijfsdwang en het toekennen van handelsinteresten;

„A. de eisch^sse zich door dat arr., voorzoover het den oorspronkelijken eisch heeft toegewezen, ten zeerste verongelijkt acht en als ***middel*** van cassatie daartegen heeft voor te stellen verkeerde toepassing en schending van v. 889 B.-R. j° a. 1424 B.-W.: *a.* door onder ***geregtelijke tenuitvoerlegging*** ook te begrijpen ***conservatoire arresten***, terwijl het Wetb. van B.-R. uitdrukkelijk onderscheidt tusschen de geregtelijke ten uitvoerlegging van vonnissen en authentieke acten (Rv. IIe Boek) en middelen tot bewaring van zijn regt (Rv. III, IV.); *b.* door aan het woord ***staken*** in dat a. 889 toe te kennen eene be-

teekenis geheel afwijkende van de historische en etymologische beteekenis van dat woord, en daardoor te doen ontstaan een noodeloozen strijd met een bepaald voorschrift van B.-Regt en op tastbare ongerijmde wijs het formeele regt aan het materieële regt te doen derogeren;

„A. toch, wat het eerste punt betreft, *in factis* vast staat dat er onder de eisch^{sse} zijn gelegd, behalve een executoriaal arrest, twee conservatieve arresten, en deze althans nooit kunnen begrepen zijn onder geregtelijke tenuitvoerlegging, waarvan a. 889 B.-R. met zoovele woorden gewaagt, natuurlijk met het oog op het IIe Boek B.-R., en dat a., dat in elk geval als afwijking van het gemeene regt is *strictae interpretationis*, niet mag uitgebreid worden buiten zijn natuurlijke grenzen, *in casu* tot de middelen tot bewaring van zijn regt, waaronder behoort blijkens de 3^{e} afd. van den IV^{n} titel, IIIe Boek, *B.-R. conservatoir arrest onder derden;*

„A. wat het tweede punt betreft, de woorden der wet in het algemeen genomen moeten worden in hun natuurlijke beteekenis, en de beteekenis van *staken* geen andere is dan *tijdelijk doen ophouden* of *tijdelijk met iets ophouden*, zoodat het arr. alle regelen van goede uitlegkunde uit het oog verliest door voor *wordt gestaakt* te lezen *vervalt*, alleen om tegemoet te komen aan de denkbeeldige bezwaren van den geïnt., die, zich beklagende dat hij niet kon overgaan tot behoorlijke bewaring en vereffening van den boedel, voorbijzag dat hij zoowel door interventie in het aanhangig geding tusschen de eisch^{sse} en den heer C., als door dagvaarding van de eisch^{sse} om af te geven, met gelijktijdige oproeping van de arrestanten om die afgifte te gehengen en te gedoogen, tot een volkomene zuivere positie zou gekomen zijn, zonder de eisch^{sse} in conflict te brengen met a. 1424 B.-W.;

„A. voorts, waar het arr. onderscheidt tusschen *schorsen* en *staken*, en dit zóó uitlegt, dat *schorsen* heeft de beteekenis van

»doen blijven tot nadere beslissing in statu quo», — *staken* daarentegen den zin van *geheel doen ophouden* of *vervallen*, het Hof vervalt in een dwaling (waarvan het zich zelf min of meer bewust was, toen het in de 2e overw. de volgende zich zelve wedersprekende zinsnede schreef: »ofschoon *in het algemeen het woord* staken *soms wordt gebezigd in den zin van* schorsen!) daar schorsen en staken alleen in zooverre verschillen, dat *schorsen* gebruikt wordt van *zaken* en *personen*, *staken* daarentegen alleen van *zaken*, maar beide uitdrukkingen daarin overeenkomen, dat zij te kennen geven de handhaving van den *status quo* tot aan een nadere beslissing en derhalve in vele gevallen *promiscue* kunnen worden gebruikt;

»A. dan ook de Regering bij haar antwoorden bij de behandeling van a. 771 K., dat overeenkomst met a. 889 *Rv.*, spreekt van *schorsing der executie* (Zie VOORDUIN X, 684) geheel in overeenstemming met de redevoering van den heer QUINTUS, die bij herhaling de woorden *schorsen* en *schorsing* gebruikt (zie VOORDUIN X, 687 en 689, om de *reële* executie te schorsen is dus alle reden) en van den heer FRETS, die met zoovele woorden zegt: » volgens de bepaling van a. 8 (nu 771) surcheert het faillissement aanvankelijk alle executien, dat is: *de zaken van het faillissement blijven in statu quo* VOORDUIN, X, 694);

»A. 's Hofs beroep op a. 525, 635, 636 en 797 K. om zijne gedrongen interpretatie te vergoelijken al zeer weinig daartoe kan afdoen, omdat gemelde a. volstrekt niet uitsluiten het denkbeeld van de hervatting der reis (zie b. v. a. 526 K.) of het weder voortzetten van het bedrijf des gefailleerden, hetwelk schier altijd plaats heeft na homologatie van een accoord, en het beroep op a. 352 B.-R. ten eenenmale ongegrond is, zooals aanstonds blijkt bij vergelijking met a. 350 *eodem*, terwijl men wel niet zal beweren, dat vervallen (als niet gebeurd) moeten beschouwd worden: *a.* het bevel van a. 432,

al. 2; *b.* dat van a. 502; *c.* het beslag van a. 504; *d.* de omschrijving van a. 505, al. 2; *e.* het bevel van a. 563; *f.* de beteekening met bevel van a. 599, allen B.-R.;

„A. alzoo de woorden: *„worde gestaakt”* in a. 352 B.-R. niets anders beteekenen dan *„worde gestuit”*, welke laatstgemelde uitdrukking dan ook voorkomt in de slotbepaling van a. 82 B.-R., waar ze kennelijk niets anders beteekenen kan dan: „belet het voortzetten der ten uitvoerlegging”, met uitsluiting van het denkbeeld van geheel vervallen;

„A. verder alle argumenten, door het Hof aangevoerd tot verdediging van zijn zonderlinge uitlegging en ontleend aan zijne beschouwingen omtrent de bedoeling van den staat van kennelijk onvermogen, volstrekt niets afdoen, als zijnde argumenten van convenientie en buiten de wet om;

„A. zij eenvoudig uitvloeisels zijn van een verkeerd begrip van den toestand, welke door staking wordt in het leven geroepen;

„A. toch van staking volstrekt niet het gevolg is, dat verkregen regten niet worden geëerbiedigd, maar alleen dit dat een arrestant zelf met zijne executie niet mag voortgaan, terwijl niet hetgeen *rite* is geschied als ongedaan moet worden beschouwd, zoodat begonnen executien (a. 9, nu 772), of in de algemeene vereffening des boedels (dus door den curator) worden voortgezet (zie VOORDUIN X, 681);

„bij arr. van den H.-R. te hooren uitspreken de vernietiging van voorzegd arr. van 19 Nov, 1877, voorzoover daartegen is gekomen in cassatie en in zoover nader, ten principale regtdoende, te hooren te niet doen het appèl en bevestigen het vonnis der arr.-regtb. van 's Gravenhage van 30 Jan. 1877, met last dat dit volkomen effect zal sorteren, met veroordeeling van den geïntim. in zijne hoedanigheid in de kosten van cassatie en hooger beroep”

Voor den curator-verweerder in den volgende conclusie genomen:

„A. de eisch^sse ten onregte stelt, dat bij a. 889 B.-R. alleen zouden zijn bedoeld de maatregelen door een crediteur genomen ten executie van een vonnis of van eene authentieke acte;

„A. onder de woorden: „alle geregtelijke tenuitvoerleggingen„ in dat a. voorkomende, moeten worden begrepen alle geregtelijke maatregelen door eenen crediteur tot vervolging van en krachtens zijn vorderingsregt op de goederen van den debiteur genomen;

„A. toch de opvatting dier woorden, door de eisch^sse verdedigd, in strijd is met de *ratio legis* en tot het moeijelijk te verklaren gevolg leidt, dat een executoir arr. door het vonnis van kennelijk onvermogen zoude vervallen, terwijl een conservatoir arr. zou blijven bestaan;

„A. echter, zelfs al ware de meening der eisch^sse juist, dat onder de woorden: „alle geregtelijke tenuitvoerleggingen„ in genoemd a. niet kunnen worden begrepen conservatoire arr^n, toch door de beslissing bij het bestreden arrest gegeven, dat *in casu* de beide gelegde conservatoire arr^n zijn vervallen, gezegd a. 889 Rv. niet kan zijn geschonden of verkeerd toegepast

„A. toch, blijkens de 5^e en volgende overw^n in regten, het Hof het voortduren dier arr^n in strijd acht met den staat van kennelijk onvermogen, en overweegt, dat door den staat van kennelijk onvermogen, als zijnde een algemeen beslag op al de goederen van den debiteur, de individueel door crediteuren gelegde beslagen op sommige goederen vervallen en het Hof dus ook onafhankelijk van de uitlegging of opvatting van a. 889 Rv. die arr^n als vervallen beschouwt;

„A. verder, wat betreft het beroep op a. 1424 B.-W. en de bewering dat door de beteekenis bij het arr. aan het woord *staken* in meergemeld a. 889 Rv. gegeven een noodelooze strijd zoude ontstaan met eene bepaling van burgerlijk regt en daardoor op tastbaar ongerijmde wijze eene bepaling van formeel regt zoude derogeeren aan het materiëele regt, — bij de toepas-

sing van a. 1424 B.-W. de prealabele quaestie wel zal zijn: of er arr^n zijn gelegd? en zoo ja, of die arr_n nog bestaan? en deze quaestie zeker is te achten van formeel-regtelijken aard en dus deze bewering der eisch^sse, hoe fraai zij klinke, elken grond mist;

„A. zelfs, al ware het juist en konde men aannemen, dat a. 889 B.-R. derogeert aan a. 1424 B.-W., daarin nog niets ongerijmds zou gelegen zijn, maar daardoor alleen de regtsregel zijn toegepast: *lex specialis derogat generali;*"

„A. ook het zoogenaamd conflict, waarin de eisch^sse beweert te zijn gebragt met a. 1424 B.-W., volstrekt niet bestaat bij de juiste uitlegging in het *bestreden* arr. aan het woord *staken* gegeven, en dit conflict slechts een gevolg is van de meer letterlijke, maar *in casu* geheel onaannemelijke beteekenis door de eisch^sse aan dit woord gehecht;

„A. de gronden, waarop bij het arr. aan het woord *staken* meergenoemd de beteekenis van vervallen wordt gegeven, door de eisch^sse niet zijn weerlegd en hare taalkundige beschouwingen bij de explicatie van a. 889 B.-R. niets afdoen;

„A. toch de bewering, dat door de beteekenis aan het woord *staken* gegeven, alleen is tegemoet gekomen aan denkbeeldige bezwaren van den geïntimeerde (*lees* app^n), weinig bewijst tegen de betrekkelijke overwegingen van het arr.; terwijl, wat aangaat de verlangde interventie in het geding tusschen C. en de eisch^sse en de voorgestelde dagvaarding van de eisch^sse tot afgifte, met gelijktijdige oproeping van de arrestanten om haar te geheugen en te gedoogen, de eischeresse voorbijziet, dat dergelijke procedures door het vervallen zijn der arresten onnoodig waren, maar ook bovendien in strijd zouden zijn *en* met het doel *en* met de bepalingen van het regtsinstituut van den staat van kennelijk onvermogen, en zij zelfs uit het oog verliest, dat deze procedures in haar eigen systeem niet tot het doel zouden kunnen leiden, daar toch, zoo de arresten

blijven voortbestaan en het *status quo* blijft gehandhaafd, elk motief ontbreekt om deze arresten en dit *status quo* bij vonnis op te heffen;

„A. de eischeresse zich ten onregte beroept op de antwoorden der Regering bij de behandeling van a. 771 K. gegeven, daar juist (VOORDUIN X, 680 in fine) het antwoord der Regering in strijd is met hare beweringen, terwijl de redevoering van den heer QUINTUS eveneens tegen hare opvatting pleit en in de rede van den heer FRETS niets in haar voordeel te vinden is;

„A. juist omdat (zooals de eischeresse teregt aanmerkt) begonnen executien òf bijzonderlijk òf in de algemeene vereffening des boedels, maar altijd door den curator moeten worden voortgezet, het blijven voortbestaan èn van het conservative èn van het executoire arrest *in casu* niet kan worden aangenomen, en in ieder geval deze arresten den curator niet kunnen beletten de afgifte te vorderen van gelden door de eischeresse aan den boedel verschuldigd, noch aan de eischeresse een wapen geven om zich tegen die vordering te verzetten;

„A. eindelijk, zelfs al waren al de sustenuen van de eischeresse *en* betreffende de beteekening aan het woord *staken* te geven *en* betreffende het blijven voortbestaan der gelegde arresten als volkomen juist te achten, daaruit alleen zoude volgen, dat het Hof de beslissing bij het bestreden arrest gegeven op verkeerde motieven doet steunen, maar niet — dat door deze beslissing de aangehaalde wetsa. zijn geschonden of verkeerd toegepast, aangezien deze beslissing is conform de wet, en in elk geval de bij het *middel van cassatie* genoemde wetsa. niet zijn geschonden of verkeerd toegepast, en dus het voorgestelde *middel* van cassatie is ongegrond;„

Zoo concludeert mr. A. J. W. VAN ROYEN, als advocaat, voor den verw. in cassatie;

„dat het den H.-R. moge behagen het ingestelde beroep in cassatie tegen het arr. door het Geregtshof te 's Gravenhage

19 Nov. 1877 tusschen den verw., toen appt, en de eischeresse gewezen te verwerpen, met condemnatie van de eischeresse in de kosten."

In deze zaak heeft de Proc.-G. Römer de volgende conclusie genomen:

"Bij het beklaagde arr. door het geregtshof te 's Gravenhage op 19 Nov. 1877 tusschen partijen gewezen, is de eischsse veroordeeld om aan den verw. in zijne qualiteit als curator in den staat van kennelijk onvermogen van mr. v. A. te betalen eene som van *f* 4227.50, onder aftrek van zekere reeds gemaakte proceskosten, en met de wettige interessen sedert den dag der dagvaarding.

"De afgifte dier gelden was door de eischsse geweigerd, omdat daarop vóór dat de staat van kennelijk onvermogen was uitgesproken, zijn gelegd twee conservatoire en een executoriaal beslag, en de eischsse ter zake van laatstgenoemd gelegd beslag is gedagvaard tot het doen van verklaring.

"Het Hof heeft dus beslist, dat de curator in den boedel van iemand, die verklaard is in staat van kennelijk onvermogen, geregtigd is in zijne hoedanigheid de gelden tot den boedel behoorende op te vorderen, en dat de afgifte niet kan geweigerd worden op grond van vroeger gelegde beslagen.

"De eischsse beweert, dat door die beslissing is geschonden en verkeerd toegepast a. 889 B.-R. en a. 1424 B.-W.

"Het arr. berust op twee gronden: vooreerst dat in a. 889 voormeld het woord *staken* moet worden opgevat in den zin van *vervallen;* deze overwn hebben betrekking op het vonnis, hetwelk bij het arr. is vernietigd; maar bovendien, overweegt het Hof *ten andere*, dat door den staat van kennelijk onvermogen een algemeen geregtelijk beslag wordt gelegd op al de goederen van den schuldenaar, ten einde de slooping van diens boedel door onnoodige executie-kosten te voorkomen, en te zorgen dat ieder concurrente schuldeischer zijn evenredig deel

erlangt; dat alzoo het beheer der goederen aan den schuldenaar onttrokken en aan den curator wordt opgedragen, zoodat vroeger genomen maatregelen, zoo als conservatoire of executoire beslagen op gelden onder derden, niet in stand kunnen blijven, daar deze ook deel uitmaken van de baten des boedels en door den curator moeten worden bewaard, hetzij tot het accoord, hetzij tot aan de vereffening des boedels. Door dat *dictum*, hetwelk berust op den aard van den toestand, waarin de boedel door den staat van kennelijk onvermogen is geraakt, kan a. 889 voornoemd niet zijn geschonden. Dat a. zou dan zijn geschonden wanneer de regter aan het vonnis van kennelijk onvermogen de kracht ontkende om de geregtelijke tenuitvoerlegging te staken, of wel de regten van praeferente crediteuren niet had erkend. En a. 1424 B.-W. is evenmin geschonden, omdat daarbij niet is voorzien het geval, dat de boedel in staat van faillissement is geraakt, en mitsdien de vraag of het gelegd beslag door dien toestand van zelve wordt opgeheven, bij dat a. niet is beslist.

»Het *middel* van cassatie is dus gerigt tegen de motieven of redeneringen in het arr., maar de geachte raadsman der eisch^sse^ is in gebreke gebleven om aan te toonen, dat 's Hofs beslissing, waarop het *dictum* van het arr. steunt, nl. dat het algemeen geregtelijk beslag de vroeger gelegde beslagen opheft, in strijd is met eenig bepaald voorschrift der wet; en zoolang zoodanig a. niet wordt aangevoerd, kan het *dictum* niet worden vernietigd, al mogt de uitlegging van a. 889 B.-R. onjuist zijn te achten.

»Ik zal over dat a. nog een enkel woord zeggen. Bij de uitlegging dier wetsbepaling hebben zich twee vragen voorgedaan, welke beiden door den geachten raadsman der eisch^sse^ zijn behandeld.

»*Vooreerst:* wat verstaat de wet onder *geregtelijke tenuitvoerlegging?* Ik geloof niet, dat daaronder begrepen zijn de con-

servatoire maatregelen, welke moeten leiden tot de executie. Uit de beraadslagingen over het a., te vinden bij VOORDUIN X, 684 en volgg., blijkt, dat de wetgever heeft gedacht aan de *reëele* en *personele* executie.

„De aanhaling van a. 772 K. doet evenzeer als het woord *geregtelijke tenuitvoerlegging* denken aan eene executie door verkoop. Ook mr. ASSER c. s. in de aanteekening op a. 772 voornoemd, vatten het a. in dien zin op, en leeren voorts, dat de vervolging der middelen tot bewaring van het regt, evenzeer als de eigenlijk gezegde executie worden gestaakt. Deze dienen toch om te geraken tot de executie, welke door het faillissement onmogelijk is geworden. Ook DE WAL, *N. Handelsr.*, bl. 48, nº 61, vat het a. in dien zin op; dit blijkt uit de aangehaalde a. van het W. v. B.-R. en de vermelding van CHAUVEAU op CARRÉ, *Lois de la proc. civile*, T. III, nº 745, bl. 1924, éd de Brux.

„Ook mr. KIST, *Handelsr.* VI, 75, leert, dat vóor het algemeen beslag door alle schuldeischers gelegd, de regtsmiddelen door bijzondere schuldeischers aangewend moeten wijken; hij voegt er bij: is het faillissement geeindigd, *en het in beslag genomene nog in den boedel*, dan herleeft het beslag, en kan door den executant worden gevolgd.

„De beslissing van het Hof wordt door al deze schrijvers gedeeld, zij is m. i. juist, ook al was de redenering uit a. 889 voormeld, minder ter zake.

„Bij die opvatting van het a. is ook de beteekenis van het woord *staken*, door den wetgever gebezigd, m. i. duidelijk. En die opmerking brengt mij tot den tweeden grond voor het *middel* van cassatie door den geachten raadsman aangevoerd.

„Het woord *staken* kan dan slechts beteekenen *doen ophouden* of *vervallen*, want juist de executie wordt door den toestand waarin de boedel is geraakt door het vonnis, niet slechts voor een tijd geschorst, maar zij kan niet worden voortgezet, zij houdt op.

„M. i. drukt *staken* over het algemeen een ander denkbeeld uit dan *schorsen;* bij beiden is het mogelijk dat de zaak later wordt opgevat, maar bij *schorsing* der handeling is het de bedoeling van partijen om de zaak later op te vatten, bij *staking* wordt de hervatting niet voorzien. Het is echter mogelijk dat de woorden *promiscue* worden gebruikt. In het bovenvermelde werk van den heer Asser c. s. wordt het woord genomen in den zin van *schorsen.*

„Ik geloof dat de beteekenis van het woord in ons a. uit den aard van het regtsinstituut, en niet laatstgemeld uit het woord moet worden verklaard, en de executie, waarvan in a. 889 sprake is, wordt niet tot lateren tijd uitgesteld of geschorst, maar zij houdt op of vervalt, en dit drukt het woord *staken* uit.

„Ik acht het *middel* ongegrond, en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van de eisch^sse in de kosten in cassatie gevallen.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Wat aangaat het voorgestelde *middel* van cassatie: beweerde verkeerde toepassing en schending van a. 889 B.-R., in verband met a. 1424 B.-W.;

„*a.* door onder geregtelijke ten uitvoerlegging ook te begrijpen conservatoire arr^n, terwijl het Wetb. van B.-Rv. uitdrukkelijk onderscheidt tusschen de geregtelijke tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke acten (Rv., IIe Boek), en de middelen tot bewaring van zijn regt (Rv., Boek III, titel IV);

„*b.* door aan het woord *staken* in dat a. 889 toe te kennen eene beteekenis, geheel afwijkende van de historische en etymologische beteekenis van dat woord, en daardoor te doen ontstaan een noodeloozen strijd met een bepaald voorschrift van burgerlijk regt, en op tastbaar ongerijmde wijze het formele regt aan het materiele regt te doen derogeren;

„O., ten aanzien van het eerste gedeelte van het *middel,*

dat in algemeenen zin onder de woorden *geregtelijke tenuitvoerlegging*, in a. 889 B.-R. zijn begrepen alle middelen die, bij de wet erkend en toegelaten, strekken om zoodanige tenuitvoerlegging te doen plaats hebben, en dat dan ook het conservatoir beslag onder derden, dat strekt om met des te meer zekerheid tot een geregtelijke tenuitvoerlegging te kunnen geraken, onder de woorden van a. 889 moet zijn begrepen te dien effecte, dat het voortzetten van dat beslag mede dadelijk wordt gestaakt;

»O., dat dan ook het bedoeld beslag, even als dat bij ieder ander beslag het geval is, reeds van zelf doelloos wordt zoodra de geregtelijke tenuitvoerlegging zelve door de verklaring van kennelijk onvermogen onmogelijk wordt, en alzoo daarbij dezelfde reden bestaat om de toepasselijkheid van a. 889 aan te nemen als bij ieder ander beslag;

»O., ten aanzien van het tweede gedeelte van het *middel*, dat teregt bij het beklaagde arr. is verstaan dat, in tegenstelling met de woorden *schorsing* of *schorsen*, de woorden *staking* of *staken* in verschillende daarbij aangeduide wetsbepalingen worden gebezigd in den zin van *geheel ophouden* of *vervallen*, en dat reeds daarin grond is gelegen om ook in a. 889 B.-R. aan de woorden *wordt gestaakt* diezelfde beteekenis toe te kennen;

»O., dat intusschen dit ook nader daaruit volgt, dat bij a. 889 voormeld, voor het geval van kennelijk onvermogen wordt toepasselijk verklaard, a. 772 K., bij welk a. aan de curators in een faillissement de magt wordt gegeven om in het daar bedoeld geval den verkoop voor rekening van den boedel te laten voortgaan;

»O. toch, dat dit voorzeker niet kon zijn voorgeschreven wanneer in het voorafgaand a. 771 slechts aan een uitstel tot nadere beslissing, of een voor het oogenblik buiten werking stellen van de eene of andere regtshandeling moest worden gedacht, vermits in dit geval van zelf, na het ophouden van

de tijdelijke buiten-werkingstelling, de tenuitvoerlegging zou kunnen vervolgd worden, en dus het voorschrift van a. 772 zou zijn onnoodig, terwijl bij opvatting van het woord *staken* in den zin van *doen vervallen*, waar de wetgever bij wege van uitzondering het laten voortgaan van eene tenuitvoerlegging wilde toelaten, dit moest worden bepaald;

„O., dat dan ook het gevolg van eene verklaring van kennelijk onvermogen, even als van eene faillietverklaring in dit opzigt geen ander is dan dat een algemeen beslag ten behoeve van alle de schuldeischers gezamenlijk in de plaats treedt van de door afzonderlijke schuldeischers gelegde beslagen, en dat het hiermede ten eenemale in strijd zou zijn aan te nemen, dat zoodanige beslagen slechts tijdelijk zouden ophouden te bestaat, en dus met der daad in wezen blijven;

„O., wat aangaat het mede ingeroepen a. 1424 B.-W., dat waar zoo als hier de plaats gehad hebbende inbeslagnemingen, uit kracht van de ten dien aanzien toepasselijke wetsbepalingen zijn vervallen, en alzoo hebben opgehouden te bestaan, er geene inbeslagneming is, en mitsdien ook het geval van a. 1424 voormeld niet bestaat, zoodat die wetsbepaling in het gegeven geval ook aan de beslissing van het Hof niet in den weg staat;

„O., dat op grond van een en ander het *middel* van cassatie niet is aannemelijk;

„Verwerpt het beroep:

„Verwijst de eisch^sse^ in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1601. — Arrest van 17 Mei 1878.

(A. 1335, 1374, 1376, 1584, 1112, 1119, 1125 en 1689 B.-W.)

Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat, waar een huur door den huurder persoonlijk aangegaan, niettemin door hem is gesloten ten gevolge van

eene handeling voor gemeene rekening, zoodat het quaestieuse huur- of gebruiksregt moet geacht worden tot de tusschen de vennooten bestaan hebbende gemeenschap te behooren en eene bate der gemeenschap uit te maken, — de huurder nogthans gehouden is tot verdeeling van dit huurregt over te gaan, zoo die splitsing regtens mogelijk is en de verhuurder daartoe zijne medewerking verleent? — Neen.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits namens de Proc.-G. de volgende conclusie genomen:

»Als *cassatie-middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 1335, 1374, 1376, 1584, 1112, 1119, 1125, 1689 B.-W., omdat het Hof heeft beslist dat eene huurovereenkomst tegen den wil van den huurder kan worden herroepen, wanneer de exploitatie van het gehuurde met een derde voor gemeene rekening werd gedreven en deze gemeenschap door regterlijk gewijsde is ontbonden verklaard.

»Door hetgeen daarvan in het *middel* wordt vermeld, bekomt men, dunkt mij, geene zeer duidelijke voorstelling van de beslissing van het Hof, die, zooals de woorden van het *middel* die uitdrukken, nog al vreemd schijnt.

»Ik wil dus voor alles de beslissing van het Hof nader beschouwen.

»Bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de regtb. te Zwolle is ontbonden verklaard eene tusschen partijen bestaande overeenkomst van handeling voor gemeene rekening of maatschap, om met den nu verw. over te gaan tot scheiding en deeling van alle gemeenschappelijke goederen en regten tot de bedoelde maatschap behoorende, voor zooverre die zouden blijken *in natura* of door verkoop daarvoor vatbaar te zijn.

»Het betrof het gezamenlijk exploiteren van perceelen bies- en rietvelden, gehuurd van de gemeente Kampen.

»Het Hof maakt nu uit dat, uit hetgeen krachtens dit vonnis vaststaat, noodzakelijk voortvloeit dat de onderwerpelijke huur van bies- en rietvelden, al is zij door den nu eischer alleen en

op zijnen naam met de gemeente Kampen aangegaan, niettemin door hem voor zijne en des verw^s^ gemeene rekening is gesloten ingevolge door hen vooraf getroffen overeenkomst, zoodat het questieuse huurregt, dat is het regt van gebruik en genot als pachter, voor zoover partijen betreft, moet geacht worden tot de tusschen haar bestaan hebbende en bij gezegd vonnis ontbonden verklaarde gemeenschap te behooren en eene bate van deze te zijn; voorts dat, wegens de bij gemeld vonnis tegen den nu eischer uitgesprokène veroordeeling tot scheiding en deeling der gemeenschap, deze eischer tot de door den nu verw. beoogde verdeeling van het huurregt, door splitsing van de eene huur in twee afzonderlijke huren is gehouden, *zoo die regtens mogelijk is;* dat die splitsing naar regten zeker niet *zonder*, doch daarentegen wel *met* de goedkeuring van den verhuurder (de gemeente Kampen) kan worden tot stand gebragt, maar dat zij dan ook alleen voorbehoudens die goedkeuring is gevraagd, terwijl uit een raadsbesluit dier gemeente blijkt, dat bij haar geene bedenking bestaat om de verdeeling der pacht tusschen partijen in te willigen, uit welk een en ander het Hof de gevolgtrekking maakt, dat *in casu* de splitsing der eene huur in twee afzonderlijke huren regtens mogelijk is, en die splitsing heeft bevolen en toedeeling der kavelingen door het lot aan de partijen, *voorbehoudens de daarop te vragen goedkeuring der gemeente Kampen.*

„Door deze beslissing zijn geene der aangehaalde a. geschonden of verkeerd toegepast.

„Het te verdeelen object is het regt van gebruik en genot als pachter van de bedoelde grondstukken.

„Die verdeeling wordt gevraagd en gelast onder bepaald voorbehoud van de goedkeuring van den verhuurder, de gemeente Kampen, zoodat het, bij de beoordeeling der zaak er voor gehouden moet worden, dat die goedkeuring aanwezig is, zooals die ook in werkelijkheid reeds bestaat.

„Onder die omstandigheden is een beroep op a. 1335 B.-W. dat anders de gemeente Kampen het regt zoude geven de onverdeelde nakoming der huurovereenkomst te vorderen, vruchteloos.

„Ook a. 1374 B.-W. doet *in casu* niets ter zake, vermits door het in kracht van gewijsde gegaan vonnis, waarbij de scheiding en deeling is gelast, de eischer in cassatie gebonden is alles te doen en dus tot alles zijne toestemming te geven wat tot die scheiding noodig is, terwijl de gemeente Kampen toestemming geeft en er dus wederzijdsche toestemming bestaat.

„Evenmin a. 1376, omdat hier geene sprake is van het ten nadeele verstrekken, of het voordeel aanbrengen aan derden van overeenkomsten, maar enkel van het verdeelen van eene bate der gemeenschap tusschen socii.

„Ook kan er geen strijd bestaan met de definitie van huur in a. 1584 B.-W. Volgens dat a. bestaat het regt van den huurder in het genot der gehuurde zaak; dat genot is, volgens de beslissing van het Hof, eene bate der gemeenschap, en tegen deze beslissing verzet men zich niet, maar in de dagvaarding in cassatie geeft men zelfs uitdrukkelijk toe, dat de huurder, de vordering, voor zoover hem aanging, dat is het genot in gemeenschap kon brengen.

„Uit de verder aangehaalde a. 1112, 1119, 1125 en 1689 B.-W. moet afgeleid worden, dat niet mag worden toegescheiden wat niet gemeen is geweest. Ik laat nu daar in hoeverre die stelling uit de gemelde a. blijkt, maar dat dit hier plaats heeft is onjuist. Het object der deeling is het genot als pachter, en dit genot wordt gedeeld, en ieder der partijen bekomt een gedeelte.

„Ik kan het den geëerden pleiter voor den verw. toegeven dat het eenig a., dat zich tegen de beslissing van het Hof zou kunnen verzetten, waaruit men zou kunnen opmaken, dat huurregt niet in gemeenschap kan worden gebragt, en dus ook niet

behoorde te worden gescheiden, is a. 1595 B.-W. Wij behoeven echter niet te onderzoeken of, in den tegenwoordigen stand van het geding en bij de toestemming van den verhuurder in de verdeeling, nog met vrucht een beroep op dat a. zou hebben kunnen gedaan worden, daar het a. bij het *middel* niet is aangehaald.

„Het *middel* kan m. i. geen aanleiding geven tot cassatie en ik heb derhalue de eer te concluderen tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1335, 1374, 1376, 1584, 1112, 1119, 1125 en 1689 B.-W., omdat het Hof heeft beslist, dat eene huurovereenkomst tegen den wil van den huurder kan worden herroepen, wanneer de exploitatie van het gehuurde met een derde voor gemeene rekening werd gedreven en deze gemeenschap door regterlijk gewijsde is ontbonden verklaard;

„O. echter, dat de door het geregtshof gegevene beslissing op die wijze minder juist wordt voorgesteld;

„O. toch, dat bij het bestreden arr. is beslist dat bij een tusschen deze partijen gewezen, en in kracht van gewijsde gegaan vonnis der arr.-regtb. te Zwolle van 17 Mei 1876 is verklaard, dat de overeenkomst om voor gemeene rekening op naam van den eischer in cassatie te huren twee perceelen bies- en rietveld, ter zake van wanpraestatie des eischers in cassatie was ontbonden, en de eischer in cassatie daarbij is veroordeeld om met den verw. over te gaan tot scheiding en deeling van alle gemeenschappelijke goederen en regten tot voormelde maatschap behoorende;

„dat daaruit noodzakelijk voortvloeit dat de onderwerpelijke huur, al is zij ook door den eischer in cassatie alleen op zijnen naam met de gemeente Kampen aangegaan, niettemin door hem voor gemeenschappelijke rekening is gesloten, ten gevolge van

eene tusschen hem en den verw. aangegane overeenkomst, zoodat het quaestieuse huurregt, dat is: het regt van gebruik en genot als pachter, voor zooveel partijen betreft, moet geacht worden tot de tusschen partijen bestaan hebbende gemeenschap te behooren en eene bate der gemeenschap uitmaakt;

»dat de eischer *in casu*, krachtens de bij dit vonnis uitgesprokene veroordeeling tot scheiding dier gemeenschap, gebouden is tot verdeeling van dat huurregt, zoo die splitsing regtens mogelijk is;

»dat die splitsing met de goedkeuring van den verhuurder mogelijk is en ook alleen onder voorbehoud van die goedkeuring is gevraagd, en dat verhuurder die goedkeuring heeft gegeven; en eindelijk

»dat niet blijkt, dat door die splitsing het regt van den eischer in cassatie wordt verkort;

»O., dat door die beslissing geen der in het *middel* aangevoerde a. wordt geschonden of verkeerd wordt toegepast;

»O. toch, dat a. 1335 wel vordert de ondeelbare nakoming van alle verbindtenissen tusschen partijen, *in casu* huurder en verhuurder, doch dat hier door den verhuurder de toestemming tot de splitsing is gegeven en dus eene nieuwe overeenkomst is aangegaan en daardoor het beroep op die ondeelbaarheid vervalt;

»O., dat evenmin eenige afbreuk is gedaan aan het beginsel van a. 1374, de onherroepelijkheid der verbindtenissen, vermits de toestemming des verhuurders feitelijk vaststaat en de toestemming van den huurder door het in kracht van gewijsde gegaan vonnis, waarbij scheiding en deeling wordt bevolen, is gebonden, zoodat eene nieuwe overeenkomst de oude heeft vervangen;

»O., dat evenmin wordt te kort gedaan aan a. 1376, daar de deelgenooten niet zijn derden ten opzigte van een zaak of regt dat, volgens de feitelijke beslissing van het arr., is eene bate der tusschen hen bestaande gemeenschap;

„O., dat ook de bepaling der huurovereenkomst in a. 1584 niet is geschonden, daar het uit die overeenkomst spruitende regt des huurders bestaat in het genot van het gehuurde, hetwelk is eene bate der gemeenschap en ook volgens de dagvaarding in cassatie zelve, als eene vordering in die gemeenschap kan worden ingebragt;

„O., dat eindelijk nog beweerd wordt schending van de a. 1112, 1119, 1125 en 1689 B.-W., omdat iets zoude zijn verdeeld, dat nimmer tusschen partijen is geweest gemeen; dat dit *middel*, aangenomen dat iets dergelijks door de aangehaalde a. wordt verboden, afstuit op de feitelijke beslissing dat het genot als huurder is eene bate der gemeenschap, welk genot juist het voorwerp der verdeeling is geweest;

„O., dat het aangevoerde *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen".

No 1602. — Arrest van 24 Mei 1878.

(A. 637 K.; a. 1383 B.-W.)

Kan de verzekeraar, om de verpligting af te weren, die uit a. 637 K. voor hem voortvloeit, een beroep doen op gebruiken, die zijne aansprakelijkheid voor beschadiging nagenoeg geheel zouden opheffen? — Neen.

Kunnen, bij zeeverzekeringen, vrijstellingen van eenig risico, in strijd met a. 637 K., door gebruik regtsgeldig worden? — Neen.

Kunnen, bij zeeverzekeringen, bestendig gebruikelijke bedingen, niet in de polis opgenomen, eene vrijstelling van risico ten behoeve van den verzekeraar te weeg brengen? — Neen.

Kan a. 1383 B.-W. van eenigen invloed zijn op de beantwoording eener vraag, wier oplossing door a. 637 K. uitsluitend wordt beheerscht? — Neen.

In deze zaak heeft, namens den Proc.-G., de Adv.-G. Polis de volgende conclusie genomen:

„De verw. in cassatie heeft bij de regtb. te Rotterdam van de eisch^sse^ gevorderd vergoeding van de zeeschade beloopen op 150 manden mineraal water, aan den verw. door de eisch^sse^ verzekerd van Amsterdam naar Padang. De eisch^sse^ heeft die vordering bestreden, op grond dat de schade, waarvan vergoeding werd gevorderd, volgens de schadepapieren, bestaat in schade aan manden en stroo, waarin de kruiken mineraalwater verpakt waren, en schade ten gevolge van het breken der kruiken, en dit niet ten haren laste kan worden gebragt, omdat, zoowel krachtens constant gebruikt, als krachtens bestendig gebruikelijk beding, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk is bedongen: *a.* ten laste des verzekeraars niet komt schade aan de emballage en zelfs geene waardevermindering der verzekerde goederen ten gevolge van schade aan de emballage; *b.* schade door breken alleen vergoed wordt in geval van stooten aan den grond, schipbreuk, stranding of lossen in eene noodhaven, welke evenementen *in casu* niet hebben plaats gehad.

„De regtb. heeft dat beroep op de gewoonte en op bestendig gebruikelijk beding verworpen, en, met ontzegging van de incidentele conclusie der eisch^sse^, om tot het bewijs door getuigen van die gewoonte en dat bestendig gebruikelijk beding te worden toegelaten, de ingestelde vordering toegewezen.

„Het *eerste middel* is: schending en verkeerde toepassing van a. 1375 B.-W., 1, 246, 637 K., 199, 200 B.-R., omdat de regtb., uitgaande van eenen *a priori* vaststaanden aard der overeenkomst, aan de gewoonte slechts invloed inruimt, voor zooverre zij uit dien aard reeds voortvloeijende gevolgen aanneemt, en dus in hare opvatting kennelijk geene rekening houdende met het onderscheid tusschen den aard en het wezen eener overeenkomst, voorbij heeft gezien, dat naar a. 1375 partijen zijn gehouden aan elke, mits met het wezen der overeenkomst niet strijdende, op het gebruik gegronde afwijking der gewone bij de wet gestelde regelen.

„De regtb. oordeelt, dat het beroep van de nu eisch^sse^ op het door haar beweerde gebruik niet opgaat, omdat in a. 1375 alleen gedoeld wordt op zoodanige gevolgen der overeenkomst, die, uit haren aard daaruit voortvloeijende, door het gebruik zijn aangenomen, en dat wanneer een verzekeraar beweert, dat een vrijdom tegen de uitdrukkelijke bepalingen der verzekeringsovereenkomst in, alzoo eene uitzondering op de algemeene wettelijke en contractuele verpligting tot schadeloosstelling door het gebruik is aangenomen, toch zeker dergelijke vrijdom niet kan gezegd worden van deze overeenkomst een gevolg te zijn, dat juist uit haren aard voortvloeit.

„Over den zin dezer beslissing bestaat tusschen partijen verschil. Volgens den verw. zou daardoor *in facto* zijn uitgemaakt, dat de eisch^sse^ zich beroept op eene usantie, die in strijd is met de stipulatie van partijen; en is dit zoo, wat ik wel geloof, dan kon de eisch^sse^ zich voorzeker niet krachtens a. 1375 op eene met het bedongene strijdige usantie beroepen, omdat dan juist de strekking der overeenkomst is de usantie, houdende beperking van aansprakelijkheid der verzekeraars uit te sluiten, en ook dit overeengekomene aan partijen tot wet strekt. Volgens de eisch^sse^ echter zou dit de zin van de aangevallen uitspraak niet zijn, maar zou de regtb. het beroep op de usantie hebben uitgesloten op den juridieken grond, dat slechts zulk een gebruik kan erkend worden, dat door den dogmatisch of theoretisch aangenomen aard eener overeenkomst, en dus hier van de overeenkomst van verzekering, als het ware wordt gehomologeerd, en dus niet een gebruik, waarbij van de gewone bij de wet gestelde regelen wordt afgeweken.

„En is dat de beslissing van het vonnis, dan geloof ik met de eisch^sse^, dat daarbij eene onjuiste uitlegging aan a. 1375 B.-W. gegeven is. Men zie het door den pleiter voor de eisch^sse^ aangehaalde arr. van 5 Junij 1874 (v. D. HON., *B.-R.* XXXIX, 408) en de conclusie van Mr. GREGORY, voorafgegaan aan het

arr. van 11 Mrt. 1859 (*ibidem* XXIII, 134 en volgg.; *Ned. Rspr.* LXI, 243.)

„Maar ik behoef mij in dat debat niet te mengen, omdat het *middel* moet afstuiten op het daarbij aangehaalde a. 637 K., omdat, welke ook de motieven mogen zijn waarop berust de beslissing der regtb., dat het door de eisch^sse ingeroepen gebruik, al ware het bewezen, haar niet zou baten, en het ter bewijsvoering van dat gebruik gestelde dus niet ter zake dienende en afdoende is, die beslissing in ieder geval volkomen door a. 637 K. wordt geregtvaardigd.

„Volgens a. 637 K. is voor rekening van den verzekeraar alle schade veroorzaakt in het algemeen door alle van buiten aankomende onheilen, hoe ook genaamd, tenzij door de bepalingen der wet, of door beding bij de polis de verzekeraar van het loopen van eenige dezer gevaren ware vrijgesteld. A. 637 sluit dus het beroep op eene algemeen gebruikelijke, maar niet in de polis opgenomene vrijstelling uit. En daartegen is wel is waar bij pleidooi aangevoerd, dat hier vrijdom wordt beweerd op grond van de wet, nl. van a. 1375 B.-W., maar ten onregte, vermits a. 1375 geene vrijstelling bepaalt, maar slechts bevat een regel omtrent de gevolgen der overeenkomsten in het algemeen, waarvan bij a. 637 K. voor de overeenkomst van zeeassurantie is afgeweken.

„Bij het *tweede middel* wordt geklaagd over schending en verkeerde toepassing van a. 1383 B.-W., 1, 246, 637 K., 199, 222 B.-R. Het *middel* steunt op de bewering, dat de regtb., in strijd met de bepaling van a. 1383 B.-W., een onderscheid maakt tusschen gebruikelijke bedingen die de hoofdverpligtingen van partijen raken, en nevenbedingen, alleen de laatsten in a. 1383 begrepen acht, en op dien grond beslist, dat in de overeenkomst van zeeverzekering niet stilzwijgend begrepen zou mogen worden geacht een bestendig gebruikelijk beding als waarop de eisch^sse in cassatie zich beroept.

„Het *middel* is dus gerigt tegen hetgeen in den 7n cons. van het vonnis wordt overwogen betrekkelijk den zin van a. 1383 B.-W. Maar alleen daarop berust de aangevallen beslissing niet. Zij berust, blijkens de 6e overw., in de eerste plaats daarop, „dat de verpligting tot schadeloosstelling, de hoofdverpligting van den verzekeraar, geregeld wordt bij a. 637 K., alwaar geene vrijstelling van de aldaar genoemde schade-oorzaken voor den verzekeraar wordt toegelaten, dan voor zooverre de wet of beding bij de polis die vrijstelling heeft uitgedrukt.„ En met die overweging is de uitspraak van de regtb. geregtvaardigd. Eene wet, die de door de eisch^sse beweerde vrijstelling bepaalt, bestaat er niet, en op eene stilzwijgend bedongen vrijstelling kan de eisch^sse zich niet beroepen, omdat de wet geene beperking van het gevaar voor den verzekeraar erkent, bij stilzwijgend beding, maar slechts bij *beding in de polis*, in de acte, die van de overeenkomst wordt opgemaakt.

„*Jura vigilantibus scripta.* Wil de assuradeur eene vrijstelling genieten, die gewoonlijk wordt bedongen, hij zorge, dat een daartoe strekkend beding in de polis worde opgenomen, en doet hij dat niet, dan kan hij zich op datgene wat gewoonlijk bedongen wordt niet beroepen, omdat a. 637 als uitzondering op den regel van algemeene aansprakelijkheid alleen toelaat de expresselijk bedongen vrijstelling, en dus een beroep op a. 1383 uitsluit.

„En daarom is het *tweede middel* ongegrond, al ware onjuist wat, ten overvloede, in de 7e overw. is opgenomen.

„Volgens die overw. zijn in a. 1383 niet bedoeld bedingen, waardoor in de hoofdverpligtingen van partijen wijziging of zelfs geheele of gedeeltelijke opheffing daarvan wordt te weeg gebragt, zooals de door de eisch^sse gestelde bedingen, maar alleen de zoodanige nevenbedingen, die, hoezeer niet in de overeenkomst uitgedrukt, toch als daarbij bestendig gebruikelijk plaats vindende, door den regter moeten worden aangevuld, ten einde de over-

eenkomst zoo te interpreteren, als klaarblijkelijk bij het aangaan daarvan de bedoeling van partijen moet geweest zijn.

»De bedoeling is dus niet, dat op een stilzwijgend bestendig gebruikelijk beding, *rakende de hoofdverpligtingen*, van partijen niet zou mogen worden gelet, maar wel, dat niet mag worden gelet op bestendig gebruikelijke bedingen, waardoor de verpligtingen, die partijen bij de overeenkomst op zich genomen hebben, veranderd of, zooals *in casu*, geheel opgeheven zouden worden; zoodat de regtb. het beroep van den eischer op een bestendig gebruikelijk, maar in de polis niet uitgedrukt, beding van gedeeltelijke vrijstelling, niet toelaat, omdat algeheele aansprakelijkheid, en dus iets anders dan gewoonlijk bedongen wordt, is overeengekomen.

»En dat is, dunkt mij, niet in strijd met a. 1383. Want a. 1383 bevat niets anders dan een regel van uitlegging der overeenkomsten; daarbij wordt aan het bestendig gebruikelijk, doch in de overeenkomst niet uitgedrukt, beding kracht toegekend, omdat partijen geacht worden dit beding te hebben gewild, maar dat is het geval niet, waar het niet uitgedrukte beding eene andere verpligting zoude medebrengen dan partijen bij de overeenkomst op zich genomen hebben, of de bedongene verpligting geheel of gedeeltelijk zou opheffen, omdat alsdan het stilzwijgende beding met de overeenkomst in strijd is en dus door den uitgedrukten wil van partijen wordt uitgesloten. Cf. een vonnis regtb. Amsterdam van 8 Aug. 1871 (*Mag. v. Handelsr.* XIII, 212).

»Ik acht dus de beide *middelen* onaannemelijk en heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eisch^sse^ in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1375 B.-W. en van de a. 1, 246 en 637 K., 199 en 222 B.-R., omdat, terwijl a.

1375 B.-W. partijen onderwerpt aan datgene, wat volgens de gewoonte met de natuur der overeenkomst, en dus ook met die van zeeverzekering verbonden is, en derhalve in de gewoonte even als in de billijkheid en in de wet kennelijk ziet een, den aard der overeenkomst aanwijzend en bepalend element, de regtb. de zaak geheel omkeert, en uitgaande van eenen *a priori* vaststaanden (waaruit afgeleide?) aard der overeenkomst, aan de gewoonte slechts invloed inruimt, voor zooverre zij uit dien aard reeds voortvloeijende gevolgen aanneemt, en omdat de regtb., dus in hare opvatting kennelijk geen rekening houdende met het onderscheid tusschen den aard en het wezen eener overeenkomst, ook voorbij heeft gezien, dat naar a. 1375 B.-W., partijen zijn gehouden aan elke, mits met het wezen der overeenkomst niet strijdende, op het gebruik gegronde afwijking der gewone bij de wet gestelde regelen;

»O. daaromtrent, dat naar a. 1374, in verband met den aanhef van a. 1375 B.-W., de uitgedrukte wil van partijen in de eerste plaats tusschen haar moet gelden als wet, en het voorschrift van laatstgemeld a. alleen betrekking heeft op gevolgen en verpligtingen, waarin bij de overeenkomst zelve niet uitdrukkelijk is voorzien;

»O. nu, dat de regtb. uitmaakt, dat de eischesse in cassatie de algeheele verpligting tot schadeloosstelling, zooals die bij zeeverzekeringen voortvloeit uit de daarvoor bij de wet gestelde regelen, uitdrukkelijk heeft op zich genomen, en thans, tegen die uitdrukkelijke bepalingen in, beroep doet op gebruiken, die hare aansprakelijkheid voor beschadiging van de *in casu* verzekerde voorwerpen nagenoeg geheel zoude opheffen;

»O. voorts, dat daar, naar de zooeven vermelde feitelijke beslissing, hier sprake is van vrijstelling van risico bij zeeverzekering, daaromtrent bovenal in aanmerking moet komen, dat zoodanige vrijstelling, wegens a. 637 K., niet door gebruik kan regtsgeldig worden, daar toch dat a. voor die regtgel-

digheid vordert, dat de vrijstelling volge òf wel uit de bepalingen der wet — waarmede uitsluitend zijn bedoeld speciale bepalingen omtrent dit punt — òf wel dat zij uitdrukkelijk bij de polis zij bedongen;

„O., dat uit dit een en ander volgt, dat, al waren de bij het *middel* vermelde beschouwingen van het beklaagde vonnis omtrent a. 1375 B.-W. niet geheel juist, dat a., waarop het bij dit *middel* aankomt, noch verkeerd kan zijn toegepast, noch geschonden, en dat derhalve het *eerste middel* van cassatie is onaannemelijk;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is beweerd: schending en verkeerde toepassing van a. 1383 B.-W. en van de a. 1, 246 en 637 K., 199 en 222 B-R., omdat, terwijl a. 1383 geheel algemeen spreekt van bestendig gebruikelijke bedingen, de regtb. een onderscheid maakt tusschen bedingen die de hoofdverpligtingen van partijen raken en andere bedingen in het vonnis als nevenbedingen aangeduid, waarvan de regtb. in het midden laat, welke verpligtingen van partijen zij raken, doch welke alleen met uitsluiting der eersten door haar in a. 1383 B.-W. worden begrepen geacht, zoodat met name volgens het vonnis in de overeenkomst van zeeverzekering stilzwijgend begrepen niet zou mogen worden geacht een bestendig gebruikelijk beding, volgens hetwelk des verzekeraars aansprakelijkheid voor zekere schadeoorzaken werd gewijzigd of geheel of gedeeltelijk opgeheven;

„O., dat in het hiervoren omtrent a. 637 K. overwogene ligt opgesloten dat, evenmin als bij zeeverzekeringen vrijstellingen van eenig risico, in strijd met dat a., door gebruik regtsgeldig kunnen worden, evenmin bestendig gebruikelijke bedingen, wanneer ze niet in de polis zijn opgenomen, die uitwerking kunnen hebben;

„O. toch, dat waar, zoo als hier, de wet eene uitdrukkelijke wilsverklaring vordert, juist daardoor, hetgeen anders op grond van bestendig gebruikelijke bedingen zou moeten

geacht worden stilzwijgend te zijn overgekomen, niet in aanmerking mag komen;

»O., dat om die reden bij het beklaagde vonnis teregt is aangenomen, dat, hoezeer a. 1383 B.-W., als algemeen op alle overeenkomsten betrekkelijk, ook op zeeverzekeringen van toepassing is, echter die bepaling ten onregte in het onderwerpelijke geschil wordt ingeroepen, daar toch dat geschil, naar meergemelde feitelijke beslissing, loopt over eene, enkel uit a. 637 K. te beantwoorden vraag;

»O., dat ook de zin der 11e en 12e overw. van het beklaagde vonnis, in haar onderling verband, niet is, dat a. 1383 B.-W. met betrekking tot de hoofdverpligtingen van partijen nooit van toepassing zou kunnen zijn, maar alléén, dat bestendig gebruikelijke bedingen er niet toe zouden mogen leiden, om de hoofdverpligting, welke de verzekeraar *hier* uitdrukkelijk heet op zich genomen, als gewijzigd of zelfs geheel of gedeeltelijk opgeheven te doen aanmerken, en a. 1383 mitsdien bij geschillen als het onderwerpelijke alleen kan gelden met betrekking tot accessoire bedingen, welke voormelde hoofdverpligting laten in haar geheel;

»O., dat door deze beschouwingen geen der bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen is miskend en derhalve ook het *tweede middel* van cassatie is ongegrond;

»Verwerpt het beroep;

»Veroordeelt de eischeresse in de kosten.»

No 1603. — Arrest van 31 Mei 1878.

(A. 93 K.)

Is in casu ten onregte beslist dat alle vordering tegen den voerman of schipper is vernietigd, indien de vervoerde goederen zijn aangenomen en het vrachtloon is betaald? — NEEN.

Heeft de regtb. de aanneming van goederen door den ge-

adresseerde, na begrooting der schade met voorbehoud van zijn regt gedaan, teregt beschouwd als eene aanneming in den zin van dat a.? — NEEN.

Voor de eisch^sse i. c., Deutscher Lloyd Transport-Versicherungs-Actien-Gesellschaft, is bij dagvaarding de volgende conclusie genomen:

»A. de eisch^sse, thans ook eisch^sse i. c., de ged. (schroefstoombootreederij Amsterdam—Rotterdam), thans verw^sse i. c., voor de arr.-regtb. te Amst. heeft aangesproken tot betaling van *f* 301, wegens beschadiging van door haar vervoerd en in beschadigden toestand afgeleverd meel;

»A. de arr.-regtb. te Amsterdam bij haar vonnis van 16 Junij 1875 de eisch^sse niet-ontvankelijk heeft verklaard, doch dat vonnis door den H.-R. bij zijn arr. van 25 Febr. 1876 (v. d. Hon., *B.-R.* XLI, 39) is vernietigd, met terugwijzing der zaak naar de regtb., met last om de zaak verder te beslissen;

»A. daarna door de arr.-regtb. bij interlocutoir vonnis van 11 Mei 1877 een getuigenverhoor is bevolen omtrent de vrachtbetaling, welk getuigenverhoor onder reserve van regt van cassatie aan zijde der eisch^sse heeft plaats gehad;

»A. bij eindvonnis van 29 Nov. 1877 de gestelde daadzaak betreffende de vrachtbetaling is verklaard, en met toepassing van a. 93 K. op nieuw de niet-ontvankelijkheid der eisch^sse in haren eisch is uitgesproken;

»A. de eisch^sse bij deze uitspraak ten zeerste is gegriefd, daar het vervallen der actie tegen een verw. volgens a. 93 steunt op het uit aanneming van vrachtpenningen voortvloeijende vermoeden, dat de goederen in behoorlijken staat zijn opgeleverd, welk vermoeden vervalt, wanneer, gelijk *in casu*, de verw. de schade aan de vervoerde goederen bij of voor de ontvangst erkend heeft (feitelijke beslissing in het interlocutoir vonnis van 11 Mei 1877);

»A. het eindvonnis van 29 Nov. 1877 zich refereert aan de

beslissing van de regtb. bij het vernietigde eindvonnis van 16 Junij 1875, hetwelk zeker minder regelmatig is, doch met betrekking tot de hier behandelde grief niets ter zake doet' daar dat vonnis op dit punt geheel in overeenstemming is met het interlocutoir vonnis van 11 Mei 1877, als *in confesso* zijnde stelt, — dat de 172 baaltjes, waarover het geding loopt, *beschadigd* zijn aangeboden aan den geadresseerde, die met de ged., thans ged. i. c., in minnelijk overleg is getreden, zoowel ten opzigte van de begrooting der schade door hen gesteld op *f* 301, als dat de partij, met behoud der wederzijdsche regten, door den geadresseerde zou worden in ontvangst genomen;

»A. bij deze feitelijke beslissingen a. 93 niet mogt worden toegepast, daar, gelijk ook door de regtb. bij het interlocutoir vonnis van 11 Mei 1877 wordt verklaard reeds vast te staan, met de *aanneming* volgens a. 93 niet bedoeld wordt eene bloote overneming van bezit, — in welk geval het woord *besteld* alleen voldoende ware, — maar eene overneming zonder aanmerking, waaruit een vermoeden van voldoende aflevering ontstaat, en terwijl de *ratio legis* enkel is, den vervoerder te vrijwaren tegen actiën wegens schaden, die kunnen zijn ontstaan, nadat de goederen in het bezit van den geadresseerde waren gekomen;

»A. bij het bestreden eindvonnis nog wordt overwogen, dat reeds bij het vonnis van 16 Junij 1875 als vaststaande aangenomen is, dat de bij de aanneming door den geadresseerde gemaakte reserve van regten den regtverkrijgende des afzenders niet baten kan, doch deze overw. in dit vonnis is eene overw. *ex superabundanti*, op de eindbeslissing zonder invloed en daarmede zelfs strijdig, daar in het eindvonnis de niet-ontvankelijkverklaring bepaaldelijk wordt uitgesproken op grond dat het geval van a. 93 K. bestaat, en dus, volgens het vonnis, *alle* regtsvordering ter zake van de in dit geding behandelde beschadiging is *vernietigd;*

„A. alzoo alleen de vraag kan zijn of bij de vaststaande feiten a. 93 K. al dan niet toepasselijk is;

„A. mitsdien als eenig *cassatie-middel* wordt voorgesteld: verkeerde toepassing of schending van a. 93 K., door dit a. toe te passen, waar *in factis* vaststaat, dat het vervoerde beschadigd is aangeboden, dat het bedrag dier schade bij minnelijke begrooting is vastgesteld, en waar de vervoerder de schade aan de vervoerde goederen bij of voor de ontvangst heeft erkend, en alle vermoeden van behoorlijke oplevering vervalt, en dus van eene aanneming, in den zin der wet, geene sprake kan zijn;

„bij arr. van den H.-R. d. N. te hooren vernietigen de beide vonnissen van de arr.-regtb. te Amst. van 11 Mei en 29 Nov. 1877, waarvan cassatie, en door den H.-R., doende wat de eerste regter had behooren te doen, het uit a. 93 K. ontleende *middel* van niet-ontvankelijkheid te hooren verwerpen, met terugwijzing der zaak naar den eersten regter, ten einde met in achtneming van 's H.-R.'s arr. de zaak verder te behandelen en te beslissen, met veroordeeling van de verw^ste in de kosten van cassatie en in die bij de regtb. op het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid en het gehouden getuigenverhoor gevallen, en met reserve der overige kosten *ad finem litis*."

Voor de verw^sse i. c. is de volgende conclusie genomen:

„A. de regtb. volstrekt niet beslist dat aanneming van het goed, door den geadresseerde onder protest of reserve gedaan, gevoegd bij betaling van het vrachtloon, *alle* regtsvordering tegen den schipper doet vervallen, maar alléén dat daardoor vervalt alle actie van den *afzender* of van *diens* regtverkrijgende tegen den schipper;

„A. deze beslissing, welke volkomen ongepraejudiceerd laat de actie des geadresseerden, die bovendien *in casu* de schade afzonderlijk met den schipper heeft geregeld, in geen enkel opzigt is in strijd met a. 93 K.;

„A. het eenig voorgestelde *middel* v. c. mitsdien van allen grond ontbloot is;

„Zoo concludeert Mr. G. J. ROCHUSSEN, als vertegenwoordigende den verw. i. c., dat het den H.-R. moge behagen het ten deze ingesteld beroep i. c. te verwerpen, met veroordeeling van de eisch^{sse} in de kosten van cassatie.”

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„Bij vonnis van de regtb. te Amsterdam van 16 Junij 1875 is de eisch^{sse} niet ontvankelijk verklaard in hare vordering tot veroordeeling van de nu verw^{sse} tot betaling van *f* 301, als het bedrag der schade geleden op 300 baaltjes meel, door de Rotterdamsche stoom-rijstpel- en -meelmolen van den heer H. F. O. te Amsterdam afgezonden per stoomboot *Aurora* van de verwerende reederij, van welke baaltjes een gedeelte in beschadigden toestand aan den geadresseerde is afgeleverd. Deze uitspraak steunde hierop, dat de goederen door den geadresseerde waren in ontvangst genomen, dat die in ontvangstneming wel is waar heeft plaats gehad nadat de geadresseerde in minnelijk overleg was getreden met de verw^{sse} ten opzigte van de begrooting der schade, door hen gesteld op *f* 301 en met behoud van wederzijdsche regten, maar dat hieruit alleen volgde dat de ontvanger wegens de beschadiging kon opkomen zoowel tegen de verw^{sse} als tegen den afzender, maar dat de afzender, in wiens plaats de thans eisch^{sse} optrad, slechts dan te dezer zake tegen de verw^{sse} eene actie konden instellen wanneer zij cessie van vordering van den geadresseerde had bekomen, hetgeen door de eisch^{sse} niet was geposeerd;

„De H.-R. vernietigde dit vonnis bij arr. van 25 Febr. 1876 (v. D. HON., *B.-R.* XLI, 39; *N. Regtspr.* CXII, 141), op grond dat in deze de vordering, hetzij van den afzender of van den geadresseerde tegen den schipper niet door het enkel in ontvangstnemen van het vervoerde is kunnen vervallen,

maar daartoe, behalve de overneming der goederen, ook nog de betaling der vracht moet bewezen worden, en wees de zaak terug naar de regtb. te Amsterdam, ten einde met inachtneming van 's Raads arr. verder te worden behandeld en beslist.

„Bij vonnis van de regtb. van 11 Mei 1877 is de verwsse toegelaten om te bewijzen, dat de vracht der bewuste baaltjes meel, na de in-ontvangstneming is betaald, en bij een vonnis van 29 Nov. 1877 besliste de regtb. dat, nadat reeds bij vonnis van 16 Junij 1875 als vaststaande is aangenomen dat de voorschreven baaltjes meel door den geadresseerde zijn aangenomen, en de daarbij gemaakte reserve van regten, de afzenders in wier plaats de eischsse beweert op te treden, niet baten kan, door het getuigenverhoor thans ook het bij het voormelde arr. van den H.-R. noodig geoordeelde bewijs geleverd is, dat de vracht dier goederen betaald is, en dat derhalve alle regtsvordering *van den afzender* en bij gevolg van de eischsse als zijne regten uitoefenende tegen den schipper, ter zake van beschadiging der goederen, op grond van a. 93 K. vernietigd is.

„Tegen deze beslissing wordt thans als *cassatie-middel* voorgesteld: verkeerde toepassing of schending van a. 93 K., door dit a. toe te passen waar *in facto* vaststaat dat het vervoerde beschadigd aangeboden, dat het bedrag dier schade bij minnelijke begrooting is vastgesteld, en waar de vervoerder de schade aan de vervoerde goederen bij of voor de ontvangst heeft erkend en alle vermoeden van behoorlijke aflevering vervalt, en dus van eene aanneming in den zin der wet geene sprake kan zijn.

„Ik moet beginnen met op te merken, dat de regtb. niet *alle* regtsvordering ter zake van beschadiging en vermindering tegen den vervoerder heeft vernietigd geacht, zooals bij de toepassing van a. 93 K. in zijne volle uitgebreidheid het geval zou hebben moeten zijn, maar dat de beslissing alleen betreft de regtsvordering van *den afzender* en dus ook van de in zijne

plaats getreden eischende vennootschap; zoodat door die beslissing niet wordt getroffen de regtsvordering van den *ontvanger* wegens de beschadiging tegen de verw.sse of tegen den afzender, zooals daaromtrent in het vroegere door den H.-R. vernietigde vonnis van de regtb. eene uitdrukkelijke reserve werd gemaakt.

»Bij het laatstbedoelde vonnis heeft m. i. de regtb. minder het oog gehad op a. 93 K., en schijnt mij toe aldus geredeneerd te hebben: bij de ontvangstneming der goederen door den geadresseerde, en dus bij zijne toetreding tot het contract, oorspronkelijk tusschen den afzender en verweerder gesloten, heeft de geadresseerde *zijne* regten gereserveerd en met den vervoerder bedingen gemaakt omtrent de schade, dus kan de *geadresseerde* alleen de regten doen gelden, die hij voor zich reserveerde en niet ook voor den afzender in stand hield, en niet *de eischende vennootschap* die niet gesubrogeerd is in de regten van den ontvanger. Over deze redenering behoef ik nu niet meer te spreken; ik verwijs daaromtrent naar de conclusie van mijn ambtgenoot Mr. POLIS, in de aangehaalde Verzamelingen afgedrukt.

»Nu heeft de H.-R., blijkens zijn arr., het niet afgekeurd, dat de aanneming onder reserve, zooals die hier plaats heeft gehad, door de regtb. werd beschouwd als eene der voorwaarden, die de vordering van den afzender wegens beschadiging tegen den verw. deed vervallen, maar wel dat de regtb. van oordeel was, dat de *enkele* in-ontvangstneming van het vervoerde dit verval te weeg bragt, terwijl de H.-R. besliste, dat die enkele in-ontvangstneming nimmer eenige vordering, hetzij van den afzender hetzij van den geadresseerde tegen den verw. deed vervallen, maar daarbij, ingevolge a. 93 K., ook nog betaling van vrachtloon moest bewezen worden. Het door den H.-R. noodig geoordeelde bewijs is thans geleverd en de regtb. verklaarde wederom (zooals ik reeds mededeelde) de vordering van *den afzender* ter zake van beschadiging vernietigd. De regtb.

voegt er bij: »op grond van a. 93 K.;» zij volgt daarin de aanwijzing van den H.-R., die van oordeel was, dat met de bepaling van dit a. moest rekening gehouden worden.

»De regtb. heeft voorzeker dat a. 93 noch geschonden, noch verkeerd toegepast nu zij, voor *eenige* vordering tegen den verw. vernietigd te achten, het bewijs heeft gevorderd, zoowel van aanneming als van vrachtbetaling. Het vervoerde is aangenomen en de vracht is betaald. Elke regtsvordering tegen den vervoerder is dus volgens dit a. vernietigd. Maar bij de aanneming zijn tusschen den vervoerder en den geadresseerde onderhandelingen gevoerd, welke tot een beding van reserve van regten op schadeloosstelling en vaststelling der schade hebben gevoerd.

»Ten gevolge van dit beding behoudt de geadresseerde eene vordering, maar de actie van den afzender blijft vernietigd, diens regten zijn door de nadere overeenkomst tusschen den vervoerder en den geadresseerde niet in stand gehouden.

»Ik acht het *middel* ongegrond en heb derhalve de eer te concluderen tot ontzegging van den eisch, met veroordeeling van de eisch[sse] in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als ééuig *middel* van cassatie is voorgesteld: verkeerde toepassing of schending van a. 93 K., door dit a. toe te passen waar *in facto* vaststaat, dat het vervoerde beschadigd is aangeboden, dat het bedrag dier schade bij minnelijke begrooting is vastgesteld, en waar de vervoerder de schade aan de vervoerde goederen bij of vóór de ontvangst heeft erkend, en alle vermoeden van behoorlijke oplevering vervalt, en dus van eene aanneming in den zin der wet geene sprake kan zijn;

»O., dat dit *middel* derhalve alleen berust op de bewering, dat a. 93 K. zoude zijn geschonden, omdat de regtb. eene aanneming van goederen door den geadresseerde na begrooting

der schade, met voorbehoud van zijn regt gedaan, heeft beschouwd als aanneming in den zin van dit a.;

„O. echter, dat a. 93 niet onderscheidt — en aan alle aanneming van het vervoerde met vrachtbetaling het gevolg hecht van vernietiging der regtsvordering tegen den schipper, zonder te verbieden dat de geadresseerde zich bij zoodanige aanneming de eene of andere vordering voorbehoude;

„O., dat zulks in deze is geschied en dat derhalve bij het bestreden vonnis teregt is uitgemaakt dat, ten gevolge van de aanneming door den geadresseerde en de betaling van het vrachtloon, de regtsvordering des afzenders is te niet gegaan, niettegenstaande de geadresseerde zich bij zijne aanneming zekere regten tegen den schipper had voorbehouden;

„O., dat a. 93 K. mitsdien niet geschonden noch verkeerd toegepast is, weshalve het aangevoerde *middel* van cassatie is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Veroordeelt de eisch^sse^ in de kosten, in cassatie gevallen."

No 1604. — Arrest van 7 Junij 1878.

(A. 475, 2o, en 702, 2o, K.)

Is a. 457, 2o, ook van toepassing op de regtsbetrekking tusschen den ligterschipper, die zich tot lossen bereid heeft verklaard, en den geconsigneerde, die tot lossen verpligt is? — JA.

Den 10^n^ Jan. 1878 deed de eischer *i. c.*, J. L., commissionair, wonende te Rotterdam, vertegenwoordigd door mr. S. VAN HOUTEN, advocaat bij den H.-R., dagvaarden ter teregtzitting van den H.-R. van 25 Jan. 1878, als zich voorzienende in cassatie tegen een arr. van het geregtshof te 's Gravenhage

van 29 Oct. 1877, C. M. D., wonende te Hulst, gezagvoerder van het engelsch stoomschip *Beta*, ten einde:

»A. volgens de feitelijke beslissing in het arr., waarvan cassatie, tusschen partijen vaststaat:

»dat de oorspronkelijke eischer, verw. *i. c.*, als schipper van het stoomschip *Beta*, uit Nicolajeff naar Rotterdam heeft vervoerd eene lading rogge, na te Brouwershaven een gedeelte zijner lading te hebben overgestort in den ligter »*de vrouw Maria*,« en dat hij die lading zoowel uit zijn stoomschip als uit den ligter ter beschikking heeft gesteld van den app., thans eischer *i. c.*, als houder van het cognossement, waarbij voor de lossing dier lading waren bepaald *negen* dagen;

»dat, nadat het stoomschip was gelost, de schipper van den ligter, die met den gezagvoerder der *Beta* was overeengekomen omtrent vijf ligdagen, na verloop van dien termijn heeft geweigerd het restant zijner lading uit te leveren, tenzij de geconsigneerde zich verbond overligdagen te betalen;

»dat de app., thans eischer *i. c.*, zich ongehouden heeft geacht tot betaling van overligdagen, binnen de voor de lossing bij cognossement vastgestelde negen dagen, en naar aanleiding dier weigering in dezen de vraag te beslissen is: »of, wanneer bij een cognossement voor de lossing eener lading ligdagen zijn vastgesteld, die bepaling ook geldt voor de ligters, in welke de schipper van het zeeschip verpligt is geweest een gedeelte zijner lading over te storten«;

»A. bij de beantwoording dezer vraag in het oog is te houden, dat *in casu* alleen sprake is van de regtsbetrekking tusschen den zeekapitein en den geconsigneerde van zijne lading, niet van de regtsbetrekking tusschen den ligterschipper en den zeekapitein, die hem bevrachtte;

»A. het Hof dit onderscheid in zoover uit het oog verliest, dat het ten onregte eene wetsbepaling, welke uitsluitend de regtsbetrekking regelt tusschen den ligterschipper en zijnen

bevrachter (*in casu* den zeekapitein, verw. *i. c.*) toepasselijk maakt op de regtsbetrekking tusschen dien zeekapitein en den geconsigneerde zijner lading, thans eischer *i. c.*;

„A. toch het Hof aanneemt, dat a. 457 K. in een geval als het onderhavige, waarin de zeekapitein met gebroken lading ter destinatie-plaats aankomt, aan den geconsigneerde van het zeeschip 15 werkdagen geeft om het zeeschip te lossen en 3 werkdagen om de ligterschepen te lossen, en dat uit hoofde van deze wettelijke regeling slechts in zoover is afgeweken, dat in de plaats van den termijn van 15 werkdagen voor het zeeschip de bedongen termijn van 9 dagen in de plaats treedt, *in casu* de eischer en verw. *i. c.* volgens het 2e lid van a. 457 aan den geconsigneerde slechts 3 werkdagen had behoeven te laten voor de lossing van *de vrouw Maria;*

„A. de eischer door het beroep in cassatie deze verkeerde toepassing van a. 457, 2e lid, wenscht te bestrijden en met ter zijde stelling van deze wetsbepaling, als niet ter zake dienende, eene beslissing over de tusschen partijen behandelde quaestie over de betaling van het overliggeld wenscht te verkrijgen.

„A. a. 457, 2e lid, bij de feiten die tot dit proces aanleiding gaven, slechts in zoover toepassing zou hebben kunnen vinden, dat de door den zeekapitein aangenomen ligterschipper, indien hij niet bij zijn cognossement 5 losdagen had toegestaan, na 3 werkdagen tegen dien zeekapitein aanspraak op overliggeld zou hebben kunnen doen gelden, doch die wetsbepaling geenszins beslist, dat die zeekapitein *tegenover zijn geconsigneerde* had kunnen volstaan met dien geconsigneerde 3 dagen voor het lossen van den aangenomen ligter te laten, en het bij gebreke daarvan verschuldigde overliggeld te betalen;

„A. de tusschen partijen bestaande quaestie over het betalen van de overligdagen van den ligterschipper alzoo door a. 457, 2e lid, *niet* wordt behandeld, veelmin opgelost, en de regtsregelen, welke het bevrachtingscontract beheerschen en speciaal

ook in a. 702 K. zijn gehuldigd, tot eene andere, voor den eischer in cassatie gunstige beantwoording der vraag moeten leiden, t. w.: dat een kapitein van een zeeschip wel mag ligten, maar dat de daaruit ontstaande kosten ten zijnen laste blijven, en dat, indien hij al het in ligters overgestorte niet weder in het principale schip behoeft in te laden, maar dat deel der lading in de ligters ter beschikking van den geconsigneerde mag stellen, daarvan geenszins het gevolg is, dat vóór den afloop van den wettelijken of contractuelen termijn voor de lossing der lading aan den geconsigneerde eenig overliggeld zou kunnen worden in rekening gebragt, omdat het al of niet ligten in de regtsbetrekkingen tusschen den zeekapitein en den geconsigneerde van zijn schip geene verandering kan brengen;

»als eenig *middel van cassatie* te hooren voorstellen: verkeerde toepassing van a. 457, 2e lid, K. in verband met het eerste lid van dat a. en met a. 702, 2e lid, van datzelfde wetb., welke laatste bepaling tevens is geschonden, daar het aangehaalde a. 457, 2e lid, hetwelk uitsluitend ten doel heeft de regtsbetrekking tusschen den ligter-schipper en zijn bevrachter (*in casu* den kapitein van het zeeschip) te regelen, toe te passen op de regtsbetrekking tusschen een zeekapitein en den geconsigneerde zijner lading ter beslissing van een tusschen hen gerezen geschil over het dragen van aan een ligter-schipper verschuldigd geworden overliggeld, en door als gevolg hiervan uit het ligten voortvloeijende kosten ten laste van dien geconsigneerde te brengen;

»en te hooren concluderen dat het den H.-R. moge behagen het arr. door het geregtshof te 's Gravenhage 29 Oct. 1877 tusschen partijen gewezen, te vernietigen en, op het ingesteld hooger beroep ten principale regtdoende, de conclusie door den eischer in cassatie bij gemeld Hof genomen toe te wijzen, en alzoo met vernietiging van het vonnis der arr.-regtb. te Rott. dd. 13 Dec. 1876 de eischer *i. c.* zal worden verklaard te

kunnen volstaan met het aanbod zooals dat bij conclusie van 16 Oct. 1876 is omschreven, immers met de praestatie daarvan en met ontzegging van het meerdere, aan den nu verw. zijn eisch zal worden ontzegd, met zijne veroordeeling in alle kosten van eersten aanleg, hooger beroep en cassatie."

Voor den verw. *i. c.* is de volgende conclusie genomen:

"A. het arr. naar aanleiding der respectieve beweringen van "partijen de eenige vraag aldus stelt: "of, wanneer bij een "cognossement voor de lossing eener lading ligdagen zijn vast"gesteld, die bepaling ook geldt voor de ligters, waarin de "schipper van het zeeschip verpligt is geweest een gedeelte "zijner lading over te storten;"

"A. tegen de ontkennende beantwoording dier vraag de eischer vruchteloos een beroep in cassatie beproeft, vermits die beantantwoording is *feitelijk;*

"A. immers, waar de verw. beweerde dat de betrokken cognossement-clausule slechts strekte om ten opzigte van het schip, doch geenszins om ook ten opzigte van eventueel te gebruiken ligters af te wijken van de wettelijke of usantiële bepalingen der eventuele losplaats — terwijl de eischer daarentegen volhield dat de bij cognossement bepaalde 9 ligdagen waren bedongen niet alleen voor het schip maar ook voor elken eventueelen ligter, — 's Hofs beslissing "dat de in het cognossement "bepaalde 9 dagen moeten geacht worden alleen voor het "daarin uitdrukkelijk en met name genoemde zeeschip te zijn be"bedongen", berust op eene interpretatie van het cognossement die geheel aan den *judex facti* is overgelaten en derhalve is eene feitelijke beslissing, die in cassatie niet kan worden betwist;

"A. niettemin de eischer meent dat *in casu* verkeerd is toegepast a. 457, al. 2, K. en dat a. 702 is geschonden;

"A. wat a. 702 betreft er tusschen deze partijen evenmin over de verpligting van het schip om de ligterkosten te dragen

immer strijd heeft bestaan als van de zijde des eischers ooit de bewering is gewaagd dat onder die kosten ook zouden behooren de kosten wegens losdagen gedurende welke de ligter door den geconsigneerde langer werd opgehouden dan de geconsigneerde regt had te doen, waaruit volgt dat, vermits de vraag *hoelang* de ligter door den geconsigneerde mogt worden opgehouden door a. 702 *niet* wordt beantwoord, en die vraag toch juist was *de vraag* van dit proces, derhalve a. 702 is vreemd aan de geheele beslissing en door haar niet kan zijn geschonden;

„A. wat betreft a. 457, uit de feitelijke beslissing dat de bij cognossement bedongen 9 losdagen uitsluitend het schip specteerden, doch men, wat de ligters aangaat, aan de gewone regelen niet had gederogeerd, van zelf en noodzakelijk volgt dat voor dezen ligter, overeenkomstig a. 457 K. de lostijd was 3 dagen, zoodat het Hof geenszins dat a. verkeerd toepaste, toen het den eischer in het ongelijk stelde, die zijn beweerd regt op 9 losdagen niet bewees en die in plaats van 3 dagen hem regtens toekomende er zelfs 5 zonder kosten had genoten;

„A. nu wel de eischer zijne beweerde verkeerde toepassing van a. 457 schijnt te willen aandringen met de stelling dat de aldaar voorgeschreven termijnen slechts zouden gelden tusschen schipper en inlader, doch den geconsigneerde niet zouden raken;

„A. echter deze stelling, zoo zij niet reeds, als gelegen buiten den door partijen in vorige instantie gevoerden strijd, in cassatie moest worden ter zijde gesteld, in elk geval niets is dan eene verouderde, reeds lang als valsch verworpen meening:

„A. bovendien de eischer, vreemd genoeg, schijnt voorbij te zien, dat zijne pogingen om die verworpen leer te restaureren, werden zij met den verwachten uitslag bekroond, slechts de verwerping van zijn beroep zoo mogelijk des te onvermijdelijker zouden maken;

„A. immers, waar in dat stelsel a. 457 K. en daarmede elke

wettelijke bepaling omtrent den lostijd den geconsigneerde zou ontzinken, deze, waar hij, gelijk *in casu*, evenmin een bedongen termijn had bewezen, in geen geval en tegen welken door den *judex facti* aangenomen lostermijn ook, eenige wet met vrucht als geschonden of verkeerd toegepast zou kunnen aanvoeren en dus nimmer cassatie zou kunnen erlangen, omdat een arrest slechts dan kan worden gecasseerd wanneer zijne beslissing strijdt met eene op het besliste geval *toepasselijke* wet, welke juist bij eischers opvatting van a. 457 K. 't zij daar, 't zij elders, dan steeds te vergeefs zou worden gezocht;

„Zoo concludeert mr. B. M. VLIELANDER HEIN, als advocaat van den verw. *i. c.*, dat bij arr. van den H.-R. de ten deze door den eischer ingestelde voorziening zal worden verworpen met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. SMITS in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als eenig *cassatie-middel* is voorgesteld: verkeerde toepassing van a. 457, 2e lid, K. in verband met het 1e lid van dat a. en met a. 702, 2e lid, van datzelfde Wetb., welke laatste bepaling tevens is geschonden, door het aangehaald a. 457, 2e lid, hetwelk uitsluitend ten doel heeft de regtsbetrekking tusschen den ligterschipper en zijnen bevrachter (*in casu* den kapitein van het zeeschip) te regelen, toe te passen op de regtsbetrekking tusschen een zeekapitein en den geconsigneerde zijner lading, ter beslissing van een tusschen hen gerezen geschil over het dragen van overliggeld aan een ligterschipper verschuldigd geworden, en door als gevolg hiervan uit het ligten voortvloeijende kosten, ten laste van dien geconsigneerde te brengen.

„Volgens de eerste overw. *in jure* van het bekl. arr. staat *in facto* vast, dat de oorspronkelijke eischer, verw. in cassatie, als schipper van het stoomschip *Beta*, uit Nicolajeff naar Rotterdam heeft vervoerd eene lading rogge, na te Brouwers-

haven een gedeelte zijner lading te hebben overgelost in den ligter *»de Vrouw Marie»*, en dat hij die lading, zoowel uit zijn stoomschip als uit den ligter ter beschikking heeft gesteld van den app., thans eischer van cassatie, als houder van het cognossement, waarbij voor de lossing dier lading waren bepaald *negen* dagen;

»dat, nadat het stoomschip was gelost, de schipper van den ligter, die met den gezagvoerder der *Beta* was overeengekomen omtrent *vijf* ligdagen, na verloop van dien termijn heeft geweigerd het restant zijner lading uit te leveren tenzij de geconsigneerde zich verbond overligdagen te betalen;

»dat de nu eischer in cassatie zich ongehouden heeft geacht tot betaling van overligdagen aan den ligterschipper, op grond dat de bij het cognossement voor het lossen der lading vastgestelde negen dagen evenzeer van toepassing waren op het ligterschip als op het stoomschip, waarmede de lading was aangevoerd.

»Naar aanleiding der beweringen van partijen heeft het Hof zich deze vraag gesteld: of, wanneer bij een cognossement voor de lossing eener lading, ligdagen zijn vastgesteld, die bepaling ook geldt voor de ligters, in welke de schipper van het zeeschip verpligt is geweest een gedeelte zijner lading over te storten.

»Die vraag heeft het Hof ontkennend beantwoord, en beslist (voorlaatste overw. van het arr.) dat de in het cognossement bepaalde negen dagen moeten geacht worden alleen voor het daarin uitdrukkelijk en met name genoemde zeeschip te zijn bedongen.

»Deze beslissing, beweert de verw., berust op eene interpretatie van het cognossement, die geheel aan den *judex facti* is overgelaten en derhalve is eene feitelijke beslissing, die in cassatie niet kan worden betwist.

»Ik zou dit zoo gaaf niet kunnen toestemmen.

„De vraag, die het Hof beantwoordde, betrof niet bepaaldelijk het onderwerpelijke cognossement, maar in het algemeen den invloed die eene bepaling omtrent de lossing der lading in zulk een stuk heeft op de losdagen van ligterschepen. En die vraag wordt, naar aanleiding der verwering niet uit de woorden of de bedoeling van het cognossement, maar uit de bepalingen der wet (a. 341, 457, 702 K.) tot eene solutie gebragt.

„Ik behoef echter, geloof ik, hierbij niet stil te staan, daar volgens de dagvaarding in cassatie, vooral zooals die bij pleidooi is toegelicht, de beslissing, dat de negen dagen alleen zijn bedongen voor het zeeschip en enkel in de plaats treden van de 15 dagen van a. 457, 1e lid, K. niet wordt aangevallen, terwijl tevens wordt toegestemd, wat het Hof verder in dezelfde overw. uitmaakt, dat in het cognossement geenerlei regeling voor de lossing van ligterschepen is vervat.

„Maar men komt op tegen de daaruit door het Hof gemaakte gevolgtrekking dat dientengevolge het voorschrift van het 2e lid van a. 457 op de ligdagen van het ligterschip van toepassing is; en de stelling die de eischer in cassatie tegen de beslissing van het Hof laat gelden is deze: door a. 457, 1e lid, K., wordt, wat de ligdagen betreft, de verhouding geregeld tusschen den zeeschipper en den houder van het cognossement, die ligdagen zijn *vijftien*, tenzij daaromtrent (zooals hier) bij contract tusschen den bevrachter en den schipper nadere bepalingen zijn gemaakt. Maar die losdagen betreffen de geheele lading, hetzij die ongebroken aankomt of gedeeltelijk in ligterschepen is overgestort. Het tweede lid van a. 457, dat de ligdagen bepaalt voor de ligterschepen, of de contractuele bepaling die voor deze wetsbepaling mogt in de plaats treden, regelt alleen de betrekking tusschen den bevrachter van het ligterschip, *in casu* den gezagvoerder van het zeeschip, en den ligterschipper. De geconsigneerde heeft daarmede niets te maken,

en dit door het Hof toegepaste 2e lid was dus hier, waar van den geconsigneerde werden gevorderd kosten van overligdagen van het ligterschip, niet toepasselijk.

»Alleen de juistheid van die stelling is thans te onderzoeken. Deze opvatting kan m. i. niet opgaan. Bij het eerste lid van a. 457 wordt bepaald, dat indien geen andere tijd bij de cherte-partij is aangegeven, een zeeschip moet gelost zijn binnen vijftien achtereenvolgende werkdagen.

»Bij het 2e lid wordt die tijd bepaald op *drie* dagen bij ligterschepen.

»Het derde lid wijst de *nalatigen* aan als gehouden tot betaling van overligdagen jegens schipper of ligterschipper.

»Het is de pligt van den schipper om de lading ter beschikking te stellen van den houder van het cognossement.

»Dit is hier geschied, zoowel wat betreft het principale schip als den ligter.

»De *geconsigneerde* moet lossen, maar hij moet dan ook, wil hij buiten kosten van overligdagen blijven, lossen binnen den tijd bij de wet bepaald, indien daarvan niet bij contract is afgeweken, dat is binnen vijftien dagen wat het zeeschip en binnen drie dagen wat den ligter betreft.

»Heeft de lossing niet plaats gehad binnen dien termijn, dan is hij, die lossen moet, dat is de geconsigneerde, *de nalatige.* Dat de termijn bij het 1e lid van het a. bepaald, of de daarvoor in de plaats tredende bij de cherte-partij geconvenieerde tijd, den geconsigneerde betreft, wordt niet tegengesproken.

»Maar nu is er geen enkele grond om aan te nemen, dat het 2e lid van het a. een geheel anderen persoon op het oog zou hebben, die den termijn moest observeeren, als het eerste lid, en ware de bewering van den eischer juist, dan zou m. i. het 2e lid geheel overbodig zijn. De tijd van lossing uit den ligter zou dan even goed vijftien dagen zijn als die uit het

zeeschip. Waartoe dan den termijn van drie dagen in het 2e lid vermeld? De schipper moet dan toch bij zijn contract met den ligterschipper zorgen, dat de volle termijn van vijftien dagen voor den geconsigneerde vrij blijft. Aan de drie ligdagen bij het 2e lid toegestaan heeft de gezagvoerder van het zeeschip, die zelf niet lossen moet, en die op de lossing ook geen onmiddellijken invloed kan uitoefenen, niets.

»En nu is het geheel hetzelfde, de eischer geeft dit ook toe, of de termijn bij het eerste lid van a. 457 bepaald, gelijk hier, is gewijzigd en verkort of wel daaromtrent geenerlei bijzondere bepaling gemaakt. Volgens den eischer zouden de ligdagen van den ligter altijd moeten overeenstemmen met die van het principale schip. Volgens de opvatting van het Hof, die ook de mijne is, dat de ligdagen van het 2e lid van a. 457 niet betreffen den gezagvoerder van het zeeschip, maar den geconsigneerde die lossen moet, blijft de bepaling van dat lid omtrent den termijn, waaraan niet is gederogeerd, in stand.

»De *ratio legis* toont ook aan dat dit de juiste uitlegging van het a. is. Zeer teregt wordt daaromtrent bij het Rotterdamsche vonnis, waarmede te dien aanzien het Hof zich vereenigt, aangemerkt, dat de bepalingen betreffende de ligdagen, niet zoo zeer met het oog op de lading en het belang daarvan gemaakt zijn, als wel in het belang van het schip, om den eigenaar of schipper den termijn te verleenen, binnen welken hij weder tot het aannemen van andere vrachten daarover zal kunnen beschikken, en dat die bepalingen in onafscheidelijk verband staan met de grootte van het betrokken schip en de meer of mindere moeijelijkheid om dit binnen zekeren termijn ledig te krijgen, waaraan het groote verschil van termijnen in het eerste en tweede lid van a. 457 zijn oorsprong heeft te danken. A. 702 K., dat eveneens in het *middel* is aangehaald, kan op deze beschouwing geen invloed hebben. De ligterloonen worden volgens dat a. niet als avarij beschouwd, de kosten

komen ten laste van het schip. Er bestaat echter geen verschil hierover, de kosten worden niet ten laste van den geconsigneerde gebragt. Maar omtrent de vraag, die het hier geldt, hoeveel losdagen den geconsigneerde moeten gelaten worden en of die losdagen evenveel moeten zijn als voor het principale schip zijn bedongen of bij de wet toegekend, geeft het a. geen antwoord.

»Het *middel* komt mij ongegrond voor, en ik heb daarom de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: verkeerde toepassing van a. 457, 2e lid, K., in verband met het 1e lid van dat a. en met a. 702, 2e lid, van datzelfde wetb., welke laatste bepaling tevens is geschonden door het aangehaalde a. 457, 2e lid, betwelk uitsluitend ten doel heeft de regtsbetrekking tusschen den ligterschipper en zijnen bevrachter (*in casu* den kapitein van het zeeschip) te regelen, toe te passen op de regtsbetrekking tusschen den zeekapitein en den geconsigneerde zijner lading, ter beslissing van een tusschen hen gerezen geschil over het dragen van overliggeld aan den ligterschipper verschuldigd geworden, en door, als gevolg hiervan, uit het ligten voortvloeijende kosten ten laste van den geconsigneerde te brengen;

»O., dat dit *middel* mitsdien steunt op de bewering, dat het 2e lid van a. 457 K., als uitsluitend regelende de regtsbetrekking tusschen den schipper van een ligterschip en diens bevrachter, den schipper van het zeeschip, niet zoude zijn toepasselijk op de regtsbetrekking tusschen dezen en den geconsigneerde;

»O., dat bij a. 457 K. de tijd wordt geregeld binnen welken, indien bij de overeenkomst van bevrachting of bij het cognossement niet anders is bepaald, het schip moet worden gelost;

»dat die tijd voor een zeeschip wordt bepaald op 15, en voor een ligterschip op 3 dagen, en dat bij de 3e al. van dat a.

wordt bepaald, dat de nalatigen aan den schipper of ligterschipper gehouden zijn tot het betalen van overligdagen;

„O., dat derhalve de geconsigneerde die verpligt is om te lossen, door het nalaten van tijdige lossing, zoowel aan den schipper van het zeeschip, indien het zeeschip niet tijdig is gelost, als aan den schipper van het ligterschip, zoo het een zoodanig geldt, verbonden wordt, en dat daaruit volgt dat a. 457, al. 2, wel verre van uitsluitend te regelen de verbindtenis tusschen zeeschipper en den ligterschipper, bepaaldelijk op het oog heeft de verbindtenis tusschen den ligterschipper die zich tot lossen bereid heeft verklaard, en den geconsigneerde die tot lossen verpligt is;

„O., dat het Hof mitsdien door het toepassen van die bepaling op de regtsbetrekking tusschen een ligterschipper en den geconsigneerde, en door aan te nemen dat de regtsbetrekking tusschen den zeeschipper en den geconsigneerde in deze daardoor niet wordt gewijzigd, a. 457, al. 2, K. met juistheid heeft toegepast;

„O., dat hier evenmin sprake kan zijn van verkeerde toepassing van a. 702 K., daar hier geen verschil bestaat over het dragen van ligterloonen door den geconsigneerde, maar wel over de vraag of de geconsigneerde al of niet nalatig is geweest in de lossing van eene door een ligterschip aangebragte lading, voor welke nalatigheid hij, volgens a. 457, 3e lid, van datzelfde wetb., aan den ligterschipper verbonden is, doch waarvan de gevolgen door a. 702 niet worden geregeld;

„O., dat mitsdien geen der aangevoerde a. is geschonden of verkeerd toegepast, en het *middel* mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, in cassatie gevallen."

No 1605. — Arrest van 14 Junij 1878.

(KOLONIAAL APPEL).

Moet de vorm eener acte worden beoordeeld naar de wet van het land alwaar zij is opgemaakt? — JA.

Moet de inhoud der acte, voor zoover daaraan niet in het land, waarin zij is opgemaakt, maar daarbuiten gevolg en uitvoering wordt gegeven, getoetst worden aan de wet van het land waar hare uitvoering wordt gevraagd? — JA.

Is de questieuse in Engeland opgemaakte acte derhalve naar de Nederlandsche (Curaçaosche) wet, wat de uitvoering betreft, te beoordeelen als cessie *of overdragt van eigendom,* en niet *als lastgeving of* mandaat *te beschouwen?* — JA.

Is met het begrip van cessie *volkomen bestaanbaar eene overeenkomst, die eene* lastgeving *inhoudt en waarbij de gecedeerde zich verbindt tot* verantwoording *van een eventueel overschot van het gecedeerde?* — JA.

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»Ten aanzien der *daadzaken* en *gevoerde procedures:*

»O., dat de nu appn P. G. en Co. te Londen, bij exploit van 9 Febr. 1876, den nu geint. S. C. te Curaçao voor het Hof van Justitie aldaar hebben gedagvaard, ten einde bij voorraad en zelfs bij lijfsdwang te worden veroordeeld om aan de eischers, nu appn, te voldoen de som van p. s. 751.5.1, of het aequivalent daarvan, per saldo door hem gedaagde aan de firma D. en Co, te Londen verschuldigd, wegens door die firma voor en ten behoeve van den gedaagde, op door dezen getrokken wissels voorgeschoten gelden en interessen, zulks met de renten van dien sedert 22 Dec. 1875, op grond dat, blijkens eene acte 25 Aug. 1875 te Londen gepasseerd en 22 Dec. van dat jaar ten verzoeke der eischers aan den gedaagde in afschrift beteekend, genoemde firma D. en Co. alle uitstaande inschulden haar toekomende, en daaronder hetgeen de ged. aan haar was verschuldigd, aan de eischers had verkocht en overgedragen;

»dat, nadat dien overeenkomstig door de eischers, nu appn, was geconcludeerd, de tweede geint., de firma M. P. en Co. te Curaçao, op haar verzoek is toegelaten om in dit geding

tusschen te komen, op grond dat zij ten laste van genoemde firma D. en Co. beslag had doen leggen onder den ged. C., ten einde betaling te erlangen van hetgeen door de firma D. en Co., wegens geprotesteerde wissels aan haar was verschuldigd, en vervolgens heeft gevorderd, dat het geding tusschen de eischers en den gedaagde zou worden gevoegd bij, of verwezen naar de bij exploit van 3 Jan. 1876 door de interveniënte tegen dezelfde firma D. en Co. voor het Hof aanhangig gemaakte zaak tot van waarde-verklaring van voormeld arr.;

„dat deze incidentele vordering echter door het Hof zijnde afgewezen, met last aan partijen om voort te procederen, de ged. C., erkennende het door de eischers gevorderd bedrag aan de firma H. D. en Co. schuldig te zijn, zich bereid verklaard heeft, dat te voldoen aan diegene van partijen, die daartoe zou worden geregtigd verklaard, alleen concluderende, dat de partij die in het ongelijk wordt gesteld, ook zal worden veroordeeld in de kosten aan zijde van den gedaagde, terwijl de interveniente, de firma M. P. en Co., zich beroepende op het door haar gelegde beslag en de vordering tot van waarde-verklaring daarvan, daarentegen heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk-verklaring of ontzegging van de vordering der eischers, op grond dat de acte van overdragt, waarop de eischers zich beriepen, slechts zou zijn eene volmagt, zoodat de eischers eigenlijk handelden voor en namens de firma H. D. en Co., en dat genoemde firma ook, door die beweerde overdragt te doen, zou hebben gehandeld *in fraudem creditorum*, daar eenige dagen later hare betalingen waren gestaakt en hare zaken waren gesteld in handen van de Bankruptcy Court te Londen, waarvan de eischers zouden bewust zijn geweest;

„dat de eischers daarop, zonder het beweerd faillissement der firma H. D. en Co. te erkennen, hebben ontkend dat, zoo die firma *in fraudem creditorum* mogt hebben gehandeld, zij eischers daaraan deel zouden hebben, en bij hunnen eisch hebben volhard,

subsidiair aanbiedende te bewijzen, dat volgens de Engelsche wetten de voormelde acte is eene behoorlijke acte, waarbij de eigendom der daarin vermelde zaken aan de eischers werd overgedragen, — zulks voor het geval aan het Hof niet mogt zijn gebleken, dat die acte eene behoorlijke eigendomsoverdragt is;

„dat de eerste regter daarna, bij vonnis van 3 Nov. 1876, met voorbijgang van het aangeboden bewijs, de vordering der eischers heeft ontzegd, met veroordeeling der eischers in de kosten, ook in die aan zijde der interveniente gevallen, welke uitspraak hoofdzakelijk daarop berust, dat de aan den eisch ten grond liggende overeenkomst van koop en verkoop is gebaseerd op de hiervoren gemelde tusschen de eischers en de firma H. D. en Co. te Londen opgemaakte, aan den ged. beteekende acte;

„dat die acte, in Engeland gepasseerd, wat haren vorm aangaat volgens de wet van dat land moet worden beoordeeld, maar zulks eerst vereischt wordt, als den regter gebleken is, dat het bestaan der regtshandeling zelve, welke beweerd wordt te zijn geschied, uit den inhoud dier actie kennelijk voortvloeit;

„dat uit diens inhoud echter niet blijkt van een overeenkomst van koop en verkoop, weshalve eene beoordeeling of de acte naar den vorm aan de wetsvoorschriften van het land waar zij is opgemaakt, ten opzigte van een contract van koop en verkoop voldoet, noodeloos is, en de ingestelde actie is ongegrond;

„dat de eischers van dat vonnis den 16n Nov. 1876 in hooger beroep zijn gekomen, en, na dagvaarding zoo van den oorspronkelijken gedaagde als van de interveniente voor dezen Raad, hebben geconcludeerd tot te-nietdoening van het vonnis *a quo* en toewijzing van hunnen in eersten aanleg gedanen eisch, des noods nadat het toen aangeboden bewijs zal zijn geleverd, met veroordeeling van de geint of van de tweede geinte alleen, in de kosten van beide instantiën; waarop de eerste geinte. heeft verklaard zich te refereren aan het oordeel van den H.-R., concluderende dat de kosten aan zijne zijde zullen

komen ten laste der succumberende partij, terwijl de tweede geintᵉ, oorspronkelijke interveniente, daarentegen heeft geconcludeerd tot bevestiging van het in eersten aanleg gewezen vonnis, met veroordeeling der appⁿ in de kosten van het beroep;

»dat in hooger beroep de appⁿ en de tweede geintimᵉ bij de gewisselde schrifturen over en weder hunne in eersten aanleg gevoerde sustenuen hebben volgehouden, en door overlegging van verklaringen omtrent de geldigheid en den zin der voorschreven aan zijde der appⁿ geproduceerde acte van 25 Aug. 1875 nader hebben trachten te staven; zijnde voorts nog door de appⁿ beweerd, dat, vermits de tweede geintᵉ bij vonnis van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao van 23 Febr. 1877, welk vonnis bij arr. van dezen Raad van 12 Apr. 1878 is bevestigd, in hare hiervoren vermelde, voor dat Hof tegen de firma H. D. en Co. ingestelde regtsvordering was verklaard niet-ontvankelijk, met opheffing van het daarvoor onder den eersten geintᵉ C. gelegd beslag, zij als tusschenkomende partij alle belang had verloren om de vordering der appellanten tegen te spreken;

»Wat *het regt* betreft:

»O., dat de vordering tegen den eersten geintᵉ uitsluitend berust op de *in judicio* overgelegde, tusschen de appⁿ en de firma H. D. en Co. (HENRY D. en CHARLES D.) te Londen 25 Aug. 1875 opgemaakte onderhandsche acte, waarvan eene behoorlijk geregistreerde vertaling in het Nederlandsch van den beëedigden translateur HELLMUND afkomstig, door de appⁿ is overgelegd, en de daarvan bij deurwaarders exploit van 22 Dec. 1875 aan den eersten geint. gedane beteekening, welke acte de appⁿ beweren koop en verkoop, en dientengevolge afstand en overdragt, te behelzen, onder meerdere van een door dien geint. aan genoemde firma verschuldigd saldo ten bedrage van 751.5 p. s., doch welke, volgens de tweede geint., zoo in dit opzigt als overigens niets meer dan eene volmagt be-

vat om voor en namens die firma het aan den verschuldigde, des noods in regten, te vorderen;

»O. dat voor den vorm dier acte, als in Engeland aangegaan tusschen personen aldaar gevestigd, zeer zeker alleen in aanmerking komt de wet van het land alwaar zij is opgemaakt; dat echter geen beroep is gedaan op eenigen strijd van den gebezigden vorm met het Engelsche regt, en dat evenmin de echtheid der onder de acte voorkomende handteekeningen is betwist, weshalve de acte, wat haren vorm aangaat, voor geldig en echt moet worden gehouden;

»O. dat evenwel de zin en strekking of inhoud dier acte, daargelaten hoe die naar de wet van het land, waar zij is opgerigt, moet worden verstaan, waaromtrent partijen verschillen en ook de wederzijds overgelegde verklaringen niet eensluidende zijn, deze, immers voor zoover aan de acte niet in dat land zelf, maar daar buiten gevolg en uitvoering wordt gegeven, zooals *in casu* in Curaçao, aan de wet van het laatstgenoemde land moet worden getoetst, een en ander zooals bij het vonnis *a quo* teregt is aangenomen;

»O., dat derhalve moet worden beslist of de bedoelde acte, naar de wet voor Curaçao geldende, den beweerden afstand en overdragt aan de appn bevat van de ten behoeve der firma H. D. en Co. bestaande inschuld, waarop de vordering der eischers tegen den eersten geint. berust;

»O. dat voor eene rigtige beoordeeling hiervan inzonderheid op het verband en den zamenhang der acte in haar geheel en de daaruit blijkbare bedoeling van partijen moet worden gelet;

»O. nu, dat bij de meergemelde acte de eischers wel is waar worden gemagtigd om de daarbij gespecificeerde inschulden en goederen voor en namens H. D. en Co. in te vorderen en te gelde te maken, en deze en de opbrengst daarvan te houden onder verantwoordelijkheid (*upon trust*), maar dat daaraan voorafgaat de uitdrukkelijke verklaring van genoemde firma,

als overdragende partij (*assignors*), dat zij aan de eischers, als de partij aan wie wordt overgedragen (*assignees*) aanzienlijke sommen wegens door deze haar gedane voorschotten zijn verschuldigd, en uit aanmerking daarvan, aan de eischers al de voorbedoelde inschulden en goederen overdragen (*assign*) ten einde hun toe te behooren, geschiedende zulks, blijkens het slot der acte, ter voldoening eerstens van de kosten, en vervolgens van de vorderingen der app^n;

„O., dat mitsdien de bedoeling van partijen, als ook hare werkelijke handeling, bij de voormelde acte geene andere of mindere kan geacht worden te zijn, dan om door *assignment*, welk woord de kracht en beteekenis van *overdragt* heeft, ter oorzake als daarbij vermeld, aan de app^n over te dragen en in betaling te geven de daarbij uitgedrukte inschulden en goederen, zoodat die acte eene wezenlijke cessie of afstand dier voorwerpen inhoudt, aan de app^n het regt gevende zich daarvan als eigenaar te gedragen;

„O., dat immers de daarnevens aan de app^n verleende magt en bevoegdheid (*ful power*), die trouwens de grenzen eener gewone volmagt ver overschrijdt, ten deze niet anders te beschouwen is dan als ondergeschikt of als middel om te bereiken wat het eigenlijk doel der acte uitmaakt, namelijk de cessie of overdragt der daarin bedoelde waarden, terwijl hiertegen evenmin afdoet, dat krachtens de in de acte gebezigde uitdrukking *upon trust* de overdragt is geschied tot de daarbij aangewezen bestemming, en de app^n kunnen zijn gehouden tot verantwoording van een eventueel overschot van het gecedeerde;

„O., dat alzoo door de voorschreven acte van overdragt (hetzij die overdragt beschouwd wordt op koop en verkoop of op eenvoudige inbetalinggeving te berusten) de app^n moeten geacht worden den eigendom te hebben verkregen van de ten laste van den eersten geint. bestaande schuldvordering der firma H. D. en Co., en diensvolgens, in verband met de

volgens a. 662 B.-W. voor Curaçao, aan dien geint. gedane beteekening, het regt om de betaling dier schuld van dezen te eischen:

»O., dat hunne vordering mitsdien door den eersten regter ten onregte, op grond dat de voormelde acte deze kracht en beteekenis niet zoude hebben, is ontzegd;

»O. wijders, dat wel nog door de intervene'en tweede geint$_e$ is beweerd, dat die acte, indien zij als overdragt wordt beschouwd, zou zijn aangegaan *in fraudem creditorum*, en als zoodanig, wegens het kort daarop gevolgd faillissement der firma H. D. en Co., niet geldig zoude zijn, maar dat die beweringen, waaraan ook door geene vordering tot nietig verklaring der handeling gevolg is gegeven, zijn geheel ongestaafd, weshalve daarop geen acht mag worden geslagen, maar, met tenietdoening van het vonnis *a quo* de vordering der eischers alsnog moet worden toegewezen;

»O., dat nu de tegenspraak der interveniente tegen de hoofdzaak ongegrond is bevonden, het onnoodig is te onderzoeken, in hoeverre zij nog in die tegenspraak ontvankelijk zoude zijn;

»O., met betrekking tot de kosten, dat, vermits de eerste geint^e van den aanvang af zich bereid verklaard heeft het van hem geëischte bedrag te voldoen aan de partij, die daartoe geregtigd zal worden verklaard, en de vordering alleen door de intervene^e en tweede geint. is tegengesproken, de kosten van het geding, ook die aan zijde van den gedaagde en eersten geint., geheel moeten worden gedragen door de interven^e en tweede geint.;

»Gezien a. 58 en 533 B-R. voor Curaçao;

»Doet te niet het vonnis door het Hof van Justitie in de Kolonie Curaçao op 3 Nov. 1875 tusschen partijen gewezen, waarvan hooger beroep;

»En, op nieuw regtdoende tusschen al de partijen:

»Veroordeelt den oorspronkelijken ged., thans eersten geint.,

om aan de eischers, thans appn, tegen behoorlijke kwijting te voldoen en te betalen de som van 751.5.1 p. s., of het aequivalent daarvan in Hollandsch geld, berekend naar den koers van den dag, voor het door den gedaagde en eersten geint. aan de firma D. en Co. te Londen verschuldigde, als saldo van door genoemde firma voor en ten behoeve van den gedaagde ter betaling van wissels door den gedaagde op de genoemde firma getrokken voorgeschoten gelden en interessen, met de wettelijke interessen van af 22 Dec. 1875;

„Verklaart dit arr. uitvoerbaar bij lijfsdwang;

„Veroordeelt de interveniente en tweede geint., de firma M. P. en Co., in de kosten van het regtsgeding, zoo in eersten aanleg als in hooger beroep, ook in die aan zijde van den oorspronkelijken ged. en eersten geint. gevallen.”

N° 1606. — Arrest van 21 Junij 1878.

(A. 779, 780 B.-R.)

Is a. 780 *B.-R. alleen van toepassing op rekeningen voor den regter afgelegd en volgens a.* 779 *door hem met haar saldo vastgesteld?* — Ja.

Is door de feitelijke beslissing dat noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend uit de afrekening van iedere uitzending en vaststelling van saldo's tusschen partijen eene nieuwe overeenkomst of schuldvernieuwing is ontstaan, de grondslag van het tweede middel *van cassatie vervallen?* — Ja.

S. L. en Co., in liquidatie, vertegenwoordigd ten deze door Mr. B. M. Vlielander Hein, advokaat bij den H.-R. der Ned., hebben voor den H.-R. gedagvaard H. J. G. Z., ten einde op grond van de volgende *middelen van cassatie*:

„1° schending en verkeerde toepassing van a. 780 B.-R., omdat het Geregtshof te Amsterdam, niettegenstaande het bij zijn arr. van 4 Mei 1877 en 14 Dec. 1877 feitelijk aanneemt

dat de tusschen partijen plaats gehad hebbende ten processe bekende afrekeningen, waarop gemeld wetsa. van toepassing is, niettemin heeft aangenomen en toegewezen de ten processe bedoelde vorderingen, ofschoon zij geenszins het karakter hadden van de uitsluitend bij dat a. als toegelaten aangewezen vorderingen tot herstel van misslagen van berekening, weglatingen of valsche of dubbel gebragte posten, en zoo doende het uit zijn aard limitatieve a. verre buiten zijne grenzen heeft uitgebreid;

„2_0 schending of verkeerde toepassing van a. 1374 B.-W., in verband met a. 1 K., dewijl het Hof, hoewel als vaststaande aannemende dat de afrekening van iedere uitzending was goedgekeurd, toch aanneemt dat op de daaruit ontstane overeenkomst kan worden teruggekomen, en tevens en in verband hiermede, schending en verkeerde toepassing van a. 1449, n° 3, B.-W. in verband met a. 1 K., door dat het Hof, aannemende dat het saldo van iedere afrekening behoorlijk is vastgesteld, toch de schuldvernieuwing, die daardoor ontstaan is, heeft verworpen, —

„te hooren vernietigen de beide aangehaalde arr_n van het Geregtshof te Amsterdam en den H.-R. d. N., ten principale regt doende, alsnog te hooren bevestigen het in eerste instantie door de arr.-regtb. te Amst. gewezen vonnis en de verw^s te hooren veroordeelen in al de kosten der drie instantiën."

Voor de verwerende firma is de volgende conclusie genomen:

„A. na interlocutie bij het *eerste* in cassatie aangevallen arr. tot nadere bewijslevering omtrent het handelsgebruik ten aanzien der verpligting van de deelgenooten in de onderwerpelijke handelingen voor gemeene rekening om de kosten van zegel en disconto der daartoe betrekkelijke wissels te nemen voor gemeene rekening, — het geregtshof te Amst. bij het *tweede* in cassatie aangevallen arr. heeft vernietigd het vonnis der regtb. te Amst., waarbij zoowel de primaire als de subsidiaire vordering der oorspronkelijke eischeresse en app. was afgewezen, en haar alsnog

heeft toegewezen hare *primaire* vordering tot betaling aan haar van *ƒ* 27652.04[5], wegens het aandeel van ged. en geint. in de door de eisch[sse] en app. voor het geheel betaalde kosten van zegel en disconto van vorenbedoelde wissels;

»A. de oorspronkelijke ged. en geint. tegen beide voormelde arr[n] voorstelt *twee middelen* van cassatie;

»A. het Hof volgens zijne feitelijke beslissing, voorkomende in het interlocutoir »naar aanleiding van de wederzijdsche be»weringen van partijen» had te beantwoorden *niet meer dan* de *twee* daarbij geformuleerde *vragen;*

»A. de beantwoording der *tweede* vraag, gegeven in het laatste deel der interlocutoire uitspraak en nader in het eind-arrest, *niet* wordt bestreden in cassatie;

»A. dus in cassatie *alleen* de vraag is of één der *twee cassatie-middelen* grond vindt in 's Hofs ontkennende beantwoording der *eerste* bij het interlocutoir arr. gestelde vraag, luidende: »of de eerste regter te regt de vorderingen van de appn heeft »ontzegd op grond eener dusgenaamde schuldvernieuwing, waar»door het onderzoek naar de gegrondheid dier vorderingen op »zich zelve zoude zijn vervallen;»

»A. het *eerste middel* van cassatie luidt enz.;

»A. uit de omschrijving der voormelde, door het Hof ontkennende beantwoorde *eerste vraag* noodwendig volgt, dat in cassatie kan worden onderzocht *alleen* omtrent het al dan niet met de wet strijdige van 's Hofs beslissing, dat *in casu* het onderzoek naar de gegrondheid der vordering door geen schuldvernieuwing werd uitgesloten, maar *bepaaldelijk niet* omtrent het punt bij het *eerste cassatie-middel* te berde gebragt;

»A. de omstandigheid, dat het Hof bij interlocutoire overweging omtrent a. 780 B.-R. heeft geredeneerd, hiertegen niets afdoet, omdat die redenering bij de alleen te beantwoorden vraag of er was *schuldvernieuwing*, welke de primaire vordering uitsloot, was geheel abundant en zelfs niet ter zake afdoende;

„A. de verw. *i. c.* op het *eerste cassatie-middel* dan ook verder slechts antwoordt onder protest van ongehoudenheid;

„A. de eisch^sse *i. c.* bij haar *eerste middel* aan a. 780 B.-R eene exceptie van niet-ontvankelijkheid der primaire actie zoekt te ontleenen, en dus de vraag alleen zou kunnen zijn: of dat a. de niet-ontvankelijkheid eener vordering uitspreekt;

„A. dat a., wegens misslagen van berekening, weglatingen, valsche of dubbel gebragte posten, de herrekening verbiedt, maar het vorderen van herstelling voor dezelfde regters veroorlooft;

„A. dat a., blijkens zijn inhoud en plaatsing, alleen voor *geregtelijk* gedane, gedebatteerde en besliste rekeningen is geschreven en daarin dus geen grond van niet-ontvankelijkheid der onderwerpelijke vordering kan zijn gelegen;

„A. het Hof wel, gelijk gezegd is, uit het a., ter justificatie van de vordering der oorspronkelijke eisch^sse heeft geredeneerd, maar het *cassatie-middel niet beweert*, dat het Hof door die redenering het a. als *alleen* voor *geregtelijke* rekening en verantwoording geschreven, verkeerd zou hebben toegepast;

„A. 's Hofs bedoelde redenering dan ook alleen kan zijn geweest eene redenering *ex analogia*, waaromtrent in cassatie geen nader onderzoek valt;

„A. dus slechts ten overvloede zij opgemerkt, dat die redenering *ex analogia* was *juist*, vermits het hier geldt deugdelijke credit-posten, die van de rekeningen der eisch^sse *i. c.* waren weggelaten, zoodat hier bestonden „weglatingen", waarop het a. uitdrukkelijk veroorlooft terug te komen, iets wat het Hof teregt oordeelde te meer gegrond te zijn *in casu*, waar de rede is van vorderingen die verw^sse *i. c.* kon doen gelden ten laste der gemeenschap, tegenover de rekening haar door de wederpartij omtrent gemeenschappelijke zaken gedaan;

„A. het *tweede middel* van cassatie luidt enz.;

„A. niet regt begrijpelijk is hoe van schending en van ver-

keerde toepassing van a. 1449, nº 3, B.-W. eenige spraak zou kunnen zijn, vermits de aanwezigheid van het bij die wetsbepaling bedoelde geval bij den *judex facti* zelfs niet beweerd is en onmogelijk beweerd kon worden;

„A. overigens het geheele *middel* is ongegrond;

„A. toch het Hof, — na te hebben overwogen, dat de goedkeuring van de saldo's der ten processe bedoelde rekeningen (door welke goedkeuring de regtb. en de eisch^{se} *i. c. schuldvernieuwing* ontstaan achtte) geen verdere strekking heeft gehad dan deze, dat de juistheid van de op de rekening voorkomende posten van O. en U. werd toegestemd, en dat partijen toen in de meening verkeerden, dat er geen andere posten meer te verrekenen waren, zoodat het toen bestaande verschil van O. en U. moest strekken ter bepaling van hetgeen als winst genoten of als verlies geleden werd, maar dat, wanneer later de meening, dat er niets ter verrekening was overgebleven, bleek ongegrond te zijn, de verleende goedkeuring *niet* de kracht konde hebben om de vorderingen, die buiten de afrekening waren gebleven, ook dan, wanneer hare juistheid wordt aangetoond en ze niet verjaard zijn, als door *novatie* of kwijtschelding te niet gegaan te doen beschouwen, dat novatie niet wordt verondersteld, maar duidelijk uit de acte moet blijken, en dat ook kwijtschelding *niet* wordt verondersteld, stellig heeft uitgemaakt en beslist: „dat ten deze ontbreekt niet alleen de uitdrukkelijke overeenkomst, dat door de goedkeuring der rekening de deugdelijke vorderingen ter zake der ondernemingen voor gemeene rekening, welke nog niet ter sprake gekomen waren, zouden geacht worden te zijn vervallen, m. a. w., dat partijen elkander van alle verdere aansprakelijkheid hadden ontheven, zonder voorbehoud, maar dat er ook hier geene omstandigheden aangevoerd, veelmin bewezen zijn, waaruit eene *stilzwijgende overeenkomst* zoude mogen worden afgeleid, dat partijen het saldo der rekeningen zouden hebben willen

beschouwen als eene nieuwe schuld, waardoor al hetgeen op de onderneming betrekking had door middel van novatie was te niet gegaan»;

»A. al dit door het Hof overwogene en besliste, met uitzondering van de daarbij gedane toepassing van de a. 1451 en 1474 B.-W., welke de eisch^sse in cassatie zelfs niet beweert te zijn geweest verkeerd, — is zuiver *feitelijk*, en het *tweede middel* van cassatie daarop afstuit;

»A. toch het Hof *niet*, gelijk bij dit *middel* wordt beweerd, heeft beslist, dat op eene door de goedkeuring der afrekeningen *ontstane overeenkomst* kon worden teruggekomen, maar integendeel, dat die goedkeuring niet had de strekking, daaraan door de eisch^sse i. c. toegekend, en dat eene uitdrukkelijke of stilzwijgende *nieuwe* overeenkomst, gelijk de eisch^sse i. c. beweerde, niet was bewezen;

»A. voorts, — wanneer de eisch^sse *i. c.* hier beweert, dat het Hof, aannemende, dat het saldo van iedere afrekening behoorlijk is vastgesteld, toch de schuldvernieuwing, die daardoor ontstaan is, heeft verworpen, — zij *eensdeels*, niet aanwijst, hoe door zoodanige beslissing kan plaats hebben gehad de beweerde schending of verkeerde toepassing van a. 1449, n° 3, B.-W. in verband met a. 1 K., *anderdeels* daarbij wel poseert, dat door vaststelling van saldo in deze is ontstaan schuldvernieuwing, maar daarbij uit het oog verliest, dat juist het Hof het tegendeel uitmaakte, door *in facto* te beslissen, dat in deze van *geene* overeenkomst, novatie te weeg brengende, was gebleken;

»A. bij de volkomen ongegrondheid dus ook van het *tweede middel van cassatie*, geheel ten overvloede zij opgemerkt, dat, nu het Hof alleen omtrent de primaire vordering der verw^sse i. c. heeft beslist, bij (niet te verwachten) cassatie van 's Hofs arr., aan de eisch^sse *i. c. nooit* zou kunnen volgen hare conclusie tot geheele bevestiging van het vonnis des eersten regters, waarbij *beide* vorderingen werden afgewezen, maar de zaak zou moeten

worden teruggewezen naar het Hof, ter beslissing omtrent de *subsidiaire* vordering der verw^sse^ i. c.;

„Zoo concludeert mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, als advocaat der verw^sse^ i. c., haar vertegenwoordigende, dat bij arr. van den H.-R. der N. de ten deze ingestelde voorziening in cassatie zal worden verworpen, met veroordeeling van de eisch^sse^ i. c. in de kosten van cassatie.”

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„De voorziening in cassatie betreft twee arr^n^ van het Geregtshof te Amsterdam, één interlocutoir, waarbij een bewijs door getuigen werd opgelegd, en een eind-arr., waarbij de vordering van de verwerende firma is toegewezen;

„*Twee middelen* van cassatie zijn voorgesteld, welke geen van beiden betreffen het fond der zaak, de gegrondheid van de vordering, maar enkel de ontvankelijkheid der actie.

„Het *eerste middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 780 B.-R., omdat het Hof, niettegenstaande het feitelijk aanneemt, dat de tusschen partijen plaats gehad hebbende, ten processe bekende afrekeningen met de daarop gevolgde goedkeuring zijn geweest dergelijke afrekeningen, waarop gemeld wetsa. van toepassing is niettemin heeft aangenomen en toegewezen de ten processe bedoelde vorderingen, ofschoon die vorderingen geenszins het karakter hadden van de uitsluitend bij dat a. als toegelaten aangewezen vorderingen tot herstel van misslagen van berekening, weglatingen of valsche of dubbel gebragte posten en zoodoende het uit zijn aard limitative a. verre buiten zijne grenzen heeft uitgebreid.

„De bedoeling van het *middel* is om te doen uitmaken of, *afgescheiden* van de quaestie van novatie en kwijtschelding, waarover bij het *tweede middel* wordt gehandeld, de bepaling van a. 780 B.-W. aan de vordering van de verwerende firma niet in den weg stond.

„Nu wordt in de eerste plaats beweerd, dat het a. bij het *cassatie-middel* aangehaald, niet kan geschonden of verkeerd toegepast zijn bij de beantwoording der vraag welke het Hof zich stelde.

„Inderdaad wordt in de 1e overw. *in jure* van het interlocutoir arr. vermeld, dat, *naar aanleiding van de wederzijdsche beweringen der partijen*, het Hof heeft te beantwoorden de twee volgende vragen: 1° of de eerste regter teregt de vorderingen van de app^{n} (nu verw$_{s}$) heeft ontzegd, op grond eener dusgenoemde schuldvernieuwing, waardoor het onderzoek naar de gegrondheid der vorderingen op zich zelve zoude vervallen; en 2_{0} of de eisch van de app^{n} reeds nu vatbaar is voor toewijzing dan wel of een nader onderzoek naar de gegrondheid behoort te worden ingesteld.

„De tweede vraag komt, zooals ik reeds opmerkte, in cass. niet meer in aanmerking. De eerste vraag wordt in de achtste overw. ontkennend beantwoord; maar het blijkt uit het arr. volstrekt niet, dat voor den *judex facti* een andere grond van niet-ontvankelijkheid is voorgesteld dan de schuldvernieuwing, bepaald niet de grond, dien men, afgescheiden van de quaestie van novatie, thans wil laten gelden. En dit zou toch uit het arr. moeten blijken volgens a. 409 B.-R., vooral zooals dit is gewijzigd bij a. 1 der wet van 26 Junij 1876, *St.* n° 124.

„Wel wordt in de 7e overw. uit a. 780 B.-R. geredeneerd, maar al ware die redenering ook onjuist, dan nog zoude dit m. i. op de beantwoording der vraag die het Hof zich voorstelde, niet van invloed kunnen zijn; het dictum zou toch hetzelfde zijn.

„Nu intusschen over het a. in het arr. wordt gesproken, wil ik het *middel* nader beschouwen.

„En nu komt het mij ontegenzeggelijk voor, dat, wat de Fransche juristen ook over het overeenstemmende a. 541 *C. de Pr. C.* mogen oordeelen en de Fransche jurisprudentie

omtrent dit a. moge uitmaken, het a. 780 hier alle regtstreeksche toepassing mist, daar dit alleen, blijkens plaatsing en inhoud, kan zien op de *geregtelijke* rekeningen, van hoedanige hier geen sprake is. De vijfde titel van het derde boek B.-R., waarin het a. geplaatst is, handelt toch over het *rekening*-PROCES. A. 779 maakt melding van een vonnis, waarbij een saldo is vastgesteld, en nu wil a. 780 niet, dat, wanneer dit is geschied, eene *herrekening* zal kunnen plaats hebben, dat is een geheel nieuw proces over de rekening zou kunnen werden aangevangen, een *demande en révision*, zooals dit vroeger in Frankrijk mogelijk was, zou bestaan.

„L'orateur déclarait au corps législatif que les demandes en revision étaient abolies”, vinden wij aangeteekend bij DALLOZ, *Rep.*, voce *Compte*, no. 151. Zie ook CARRÉ, *Proc. civ.*, op a. 541, CCCCXXXIV. Alleen in de bij het a. vastgestelde gevallen wordt aan de partijen eene vordering tot *herstelling* der fouten gegeven, die zij zullen moeten instellen voor *dezelfde regters* die het saldo bij vonnis vaststelden.

„Deze *herstelling* wordt gesteld tegenover *herrekening*, gelijk in het fransche regt *rectification*, *redressement*, tegenover *révision*.

„Alleen de opeenstapeling van geheele rekeningprocessen over dezelfde handelingen heeft men willen voorkomen, geen herhaald debat over alle posten der rekening, geen algemeene herziening der reeds vastgestelde rekening voor denzelfden regter willen toelaten, maar de kracht van de *res judicata* niet zoover willen uitstrekken, dat alle herstel van enkele fouten in of ten aanzien van sommige posten werd uitgesloten. Vgl. DALLOZ, *l.l.* no. 150, 155, 178.

„In de bij pleidooi aangehaalde Fransche arrn vindt men geene gronden, waarop de meening van het Hof van cassatie steunt, dat a. 541 slaat ook op *niet* geregtelijke rekeningen. De Fransche schijvers (DALLOZ, *l.l.* 152; CARRÉ *l.l.*, no. 1886

bis) gronden deze meening op de algemeenheid van de uitdrukking *aucun compte*, in a. 541 *C.-Pr.-c.*

„Dergelijke uitdrukking bevat ons a. 780 niet, maar boven dien zouden deze woorden er mij niet toe kunnen brengen om het a. te doen slaan op *minnelijke* rekeningen, nu enkel in de afdeeling sprake is van *comptes rendus en justice.*

„De steller van het *middel* schijnt ook de niet-toepasselijkheid van a. 780 *in casu* gevoeld te hebben, daar hij het daarbij voorstelt, als zoude het Hof *feitelijk* aannemen, dat de tusschen partijen plaats gehad hebbende, ten processe bekende afrekeningen met de daarop gevolgde goedkeuring, zijn geweest dergelijke afrekeningen waarop het a. toepasselijk is. Ik zal wel niet behoeven op te merken, dat de beslissing omtrent het al of niet toepasselijke van eenig wetsa. op eene handeling niet *feitelijk* kan zijn.

„De redenering van het Hof uit a. 780 kan dus niet anders zijn dan eene redenering *ex analogia*, welke aan het onderzoek in cass. ontsnapt.

„Daarenboven, ware het a. toepasselijk dan zoude ik vermeenen, dat de post, waarvan hier sprake is, onder de *weggelatenen* van het a. kan gebragt worden, waaromtrent *herstelling* der rekening was toegestaan. Wel is namens de eischende firma beweerd, dat alleen een *error calculi* voor herstelling vatbaar is, maar dit schijnt mij toe in strijd met de woorden van het a., waarin niet alleen wordt gesproken van *misslagen van berekening*, maar ook van *weglatingen*, *valsche of dubbel gebragte posten*, welke laatsten woorden dan geheel overvloedig zouden zijn, terwijl een *valsche* post toch moeijelijk te begrijpen is onder wat men noemt een *error calculi*. Het is waar, ten slotte komt alles neer op eene quaestie van cijfers, de eindsom, het saldo der rekening verandert, maar hoe kan dat geschieden? Ook door verbetering der rekening ten aanzien van weglatingen. DALLOZ, *l.l.*, n°. 180, bestrijdt de Fransche schijvers, die de-

zelfde meening als de geëerde spreker voor de eischende vennootschap zijn toegedaan.

„Het *eerste middel* is dus, geloof ik, ongegrond.

„Het *tweede middel* bestaat in: schending of verkeerde toepassing van a. 1374 B.-W. in verband met a. 1, K., dewijl het Hof, hoewel als vaststaande aannemende, dat de afrekening van iedere uitzending behoorlijk was goedgekeurd, toch aanneemt dat op de daaruit ontstane overeenkomst kan worden teruggekomen en tevens en in verband hiermede schending en verkeerde toepassing van a. 1449, n°. 3 (zal moeten zijn n_0. 1) B.-W., in verband met a. 1, K., door dat het Hof, aannemende dat het saldo van iedere afrekening behoorlijk is vastgesteld, toch de schuldvernieuwing, die daaruit ontstaan is, heeft verworpen.

„Zooals men ziet, heeft dit *middel* meer als het eerste betrekking op hetgeen volgens het arr., het eigenlijke punt van verschil tusschen partijen en het onderwerp van onderzoek van den regter heeft uitgemaakt.

„Het stuit echter m. i. geheel af op de feitelijke beslissing in het arr., en is dan ook bij de pleidooijen namens de eischende firma niet nader toegelicht of verdedigd.

„De grondslagen van het *middel* zijn, dat er eene overeenkomst is ontstaan uit de afrekening van iedere uitzending en dat het saldo van iedere afrekening behoorlijk is vastgesteld en daardoor schuldvernieuwing ontstaan.

„Nu ontbreken echter die grondslagen geheel.

„Het Hof toch besliste in de 4e overw. dat de verleende goedkeuring van de afrekeningen niet de kracht konden hebben om de vorderingen, die buiten de afrekening waren gebleven, ook dan wanneer hare juistheid wordt aangetoond, en ze niet verjaard zijn, als door novatie of kwijtschelding te niet gegaan te beschouwen, en, na in de 5e overw. herinnerd te hebben, dat volgens a. 1451 B.-W. novatie niet wordt verondersteld,

maar de wil daartoe duidelijk uit de acte moet blijken en volgens a. 1474 kwijtschelding niet wordt verondersteld, maar moet bewezen worden, maakt het Hof in de volgende overw. uit, dat ten deze *ontbreekt* eene *uitdrukkelijke* overeenkomst, dat door de goedkeuring der rekening partijen elkander van alle verdere aansprakelijkheid zonder voorbehoud hadden ontheven, maar dat er ook hier geene omstandigheden aangevoerd, veelmin bewezen zijn, waaruit eene *stilzwijgende* overeenkomst zoude mogen worden afgeleid, dat partijen het saldo van rekening zouden hebben willen beschouwen als eene nieuwe schuld, waardoor al hetgeen op de onderneming betrekking had, door middel van novatie was te niet gegaan.

»De regter ontkent dus het ontstaan eener nieuwe overeenkomst uit de afrekeningen en meer bepaald de aanwezigheid van den *animus novandi*, en het *middel* kan dus niet opgaan.

»Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischende vennootschap in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als *eerste middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 780 B.-R., omdat het Hof, niettegenstaande het feitelijk aanneemt, dat de tusschen partijen plaats gehad hebbende, ten processe bekende afrekeningen met daarop gevolgde goedkeuring, zijn geweest dergelijke afrekeningen, waarop gemeld wetsa. van toepassing is, niettemin heeft aangenomen en toegewezen de ten processe bedoelde vorderingen, ofschoon die vorderingen geenszins het karakter hadden van de uitsluitend bij dat artikel als toegelaten aangewezen vorderingen tot herstel van misslagen van berekening, weglatingen of valsche of dubbel gebragte posten, en zoodoende het uit zijn aard limitative a. verre buiten zijne grenzen heeft uitgebreid;

»O., dat dit middel de strekking heeft om, op grond van

het aangehaalde wetsa., eene niet-ontvankelijkheid der door de verw^sse in deze ingestelde en bij 's Hofs eindarrest haar toegewezen vorderingen te doen aannemen;

»O. echter dat, daargelaten dat uit de arr^n, waartegen de voorziening is gerigt, niet blijkt, dat deze grond van niet-ontvankelijkheid bij den *judex facti* is voorgesteld en mitsdien alsnog in aanmerking zou kunnen komen, in allen geval dit *middel in casu* niet kan opgaan, omdat gemeld a. 780, blijkens zijn inhoud en de plaats waar het in het Wetb. van B.-R. voorkomt, alleen van toepassing is op voor den regter afgelegde en volgens het voorgaande a. 779 door dezen, met bepaling van het saldo, vastgestelde rekeningen, waarvan in dit geding geene sprake is;

»O., dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van a. 1374 B.-W. in verband met a. 1 K., dewijl het Hof, hoewel als vaststaande aannemende, dat de afrekening van iedere uitzending behoorlijk was goedgekeurd, toch aanneemt, dat op de daaruit ontstane overeenkomst kan worden teruggekomen; en tevens en in verband hiermede schending en verkeerde toepassing van a. 1449, n° 3 (moet zijn n° 1) B.-W. in verband met a. 1 K., door dat het Hof, aannemende dat het saldo van iedere afrekening behoorlijk is vastgesteld, toch de schuldvernieuwing, die daardoor ontstaan is, heeft verworpen;

»O., dat dit *middel* geheel afstuit op de feitelijke beslissing van het interlocutoir arr., waartegen het *middel* is gerigt;

»O., dat toch het Hof daarbij in de 4^e overw. in regten uitmaakt, dat de verleende goedkeuring niet de kracht konde hebben om de vorderingen, die buiten de afrekening waren gebleven, ook dan wanneer hare juistheid wordt aangetoond en ze niet verjaard zijn, als door novatie of kwijtschelding te niet gegaan te doen beschouwen;

»O., dat het Hof voorts, na in de 5^e overw. te hebben ver-

meld, dat novatie volgens a. 1451 B.-W. niet wordt verondersteld, maar de wil daartoe duidelijk uit de acte moet blijken en dat naar luid van a. 1474 van hetzelfde wetb. kwijtschelding niet wordt verondersteld maar moet bewezen worden, bij de 6e overw. beslist, dat ten deze ontbreekt niet alleen eene uitdrukkelijke overeenkomst, dat door de goedkeuring der rekening de deugdelijke vorderingen ter zake der ondernemingen voor gemeene rekening, welke nog niet ter sprake gekomen waren, zouden geacht worden te zijn vervallen, of met andere woorden, dat partijen elkander van alle verdere aansprakelijkheid hadden ontheven, zonder voorbehoud, maar dat er ook hier geene omstandigheden aangevoerd, veelmin bewezen zijn, waaruit eene stilzwijgende overeenkomst zoude mogen worden afgeleid, dat partijen het saldo der rekeningen zouden hebben willen beschouwen als eene nieuwe schuld, waardoor al hetgeen op de onderneming betrekking had door middel van novatie was te niet gegaan;

„O., dat door deze feitelijke beslissing, — dat noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend uit de afrekening van iedere uitzending en vaststelling van het saldo; tusschen partijen eene nieuwe overeenkomst of schuldvernieuwing is ontstaan, — de grondslag van het *tweede middel* wegvalt;

„O., dat mitsdien beide *middelen* van cassatie zijn ongegrond;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eischende vennootschap in de kosten.”

No 1607. — Arrest van 21 Junij 1878.

(A. 1279, 1389, 1401, 1402 B.-W.)

Is a. 48 *B.-R. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat de verweerder niet behoorlijk in gebreke is gesteld, terwijl deze zich op dit verzuim niet heeft beroepen?* — Neen.

Moeten de redeneringen, waarop het Hof de beslissing omtrent de al of niet toepasselijkheid in casu *van de a.* 1275 *en* 1279 *B.-W. heeft doen rusten, als* regtsgronden *worden beschouwd, door het Hof aangenomen om tot de ware beteekenis van de genoemde wetsartikelen te komen?* — JA.

Is na de tot stand gekomene boedelscheiding eene vordering tot schadevergoeding wegens verzuimden inbreng ontvankelijk? — NIET BESLIST.

Volgt, hetzij uit a. 1144 *B.-W, hetzij uit eenig ander wetsa., dat de inbreng op een bepaalden tijd moet geschieden?* — NEEN.

Zijn a. 1401 *en* 1402 *B.-W. zoo algemeen op te vatten dat daaronder zouden zijn begrepen alle daden of nalatigheden, van welken aard ook?* — NEEN.

Moet, naar a. 1389 *B.-W., om de a.* 1401 *en* 1402 *B.-W. te kunnen inroepen, de verbindtenis, behalve uit kracht der wet, ook ten gevolge van 's menschen toedoen zijn ontstaan?* — NEEN.

Mr. E. N. DE BRAUW, adv. bij den H.-R. der Ned., vertegenwoordigende W. K. P. v. B., c. s., eischers i. c. tegen een arr. van het geregtshof te Arnhem van 12 Dec. 1877, heeft den verw. H. R. Hzn., wonende te Arnhem, doen dagvaarden ter teregtzitting van den H.-R. van 12 April 1878, ten einde:

„A. de eischers, wat de feiten en gevoerde proceduren betreft, slechts moeten doen opmerken, dat bij het in eersten aanleg gewezen vonnis hunne vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen geleden doordien de verw. niet heeft voldaan aan zijne wettelijke verpligting tot inbreng van eene hem door der partijen gemeenschappelijke erflaatster gedane gift in de nalatenschap dier erflaatster, is beschouwd als te steunen op a. 1275 B.-W. en zulks in strijd met de sustenuën des verw^{s}, volgens wien de vordering zou gebaseerd zijn op de a 1401 en 1402 B.-W., terwijl bij het beklaagde arr. niet is onderzocht, doch in het midden gelaten welke vordering eigenlijk is ingesteld, en overwogen dat de ingestelde vordering in beide gevallen niet-ontvankelijk moet worden verklaard;

„A. het niet twijfelachtig is dat de vordering is die van a.

1275 B.-W. en de eischers daarom slechts subsidiair, voor het onwaarschijnlijke geval dat de H.-R. anders mogt beslissen, zullen aanvoeren, dat de vordering, ook zoo ze steunde op a. 1401 en 1402 B.-W. in strijd met de wet niet-ontvankelijk is verklaard;

»A. tegen het beklaagde arr. als éénig *middel* van c. wordt aangevoerd: »schending of verkeerde toepassing van a. 48 B.-R. en van de a. 1132, 1137, 1138, 1144, 1269, 1272, 1275 en 1279 B.-W., en subsidiair ook van de a. 1401 en 1402 van dat wetb., — doordien bij het beklaagde arr. de vordering der eischers niet-ontvankelijk is verklaard, zoo die van a. 1275 B.-W. is ingesteld, omdat niet is geposeerd, dat de verw., na vordering van inbreng door de eischers, nalatig is gebleven dien te doen, en dus op grond dat de verw. niet in gebreke was gesteld, — en zoo die van de a. 1401 en 1402 B.-W. is ingesteld, op grond dat door de verzwijging en het niet-inbrengen der gift, aan de eischers geen schade is of kan zijn veroorzaakt, en wel omdat:

»*a.* die middelen van niet-ontvankelijkheid door den verw. niet zijn opgeworpen en dus bij het beklaagde arr. niet enkel regtsgronden zijn aangevuld, maar niet voorgestelde regtsmiddelen zijn toegepast;

»*b.* in-gebreke-stelling onnoodig was, daar inbreng slechts kan geschieden vóór of bij de boedelscheiding en, gelijk feitelijk vaststaat, *in casu* de nalatenschap reeds lang gescheiden en verdeeld was, zoodat de verw. den tijd, binnen welken hij aan zijne verpligting tot inbreng kon voldoen, heeft laten voorbij gaan, terwijl bovendien de tot inbreng verpligte erfgenaam van het overlijden der erflaatster af in gebreke is; en subsidiair

»*c.* de overweging, dat geenschade is of kan zijn veroorzaakt, steunt op den met de genoemde wetsbepalingen strijdigen regtsgrond, dat door de verzwijging en het niet inbrengen der

schenking het regt der eischers om als mede-erfgenamen van den verw. dien inbreng te vorderen, niet kan zijn verkort;

„A. onderdeel *a* van het *middel* wordt geregtvaardigd door de overw. van het Hof dat de eerste grief betreft de verwerping bij het vonnis *a quo* van de door den verw., toen app., opgeworpen middelen van niet-ontvankelijkheid, welke blijkens de door het Hof overgenomen overw^{n} van het in eersten aanleg gewezen vonnis ten aanzien der daadzaken en procedure zijn drie in getal, als:

„1o dat de ingestelde actie als noch op overeenkomst, noch op onregtmatige daad gegrond, in de wet niet bekend is;

„2o dat de overige mede-erfgenamen in het geding hadden moeten geroepen worden;

„en 3o dat betreffende de nalatenschap door partijen volledig is afgerekend, met welke exceptiën echter de bij het beklaagde arr. toegepaste middelen van niet-ontvankelijkheid hoegenaamd niets gemeen hebben;

„A. de gegrondheid van de onderdeelen *b* en *c* van het *middel* volgt uit den aard van de verpligting tot inbreng, zooals die in de wet is omschreven en uit a. 1138 B.-W., waar bepaald is hoe inbreng geschieden kan, daar toch, na scheiding en deeling der nalatenschap op de bij dat a. omschreven wijzen, geen inbreng meer mogelijk is;

„A. eindelijk, uit de bepaling van a. 1141 B.-W., dat de interessen en vruchten van hetgeen aan inbreng onderworpen is, verschuldigd zijn van den dag, dat de erfenis opengevallen is, blijkt dat de begiftigde erfgenaam van dien dag af in gebreke is;

„mitsdien bij het te wijzen arr. van den H.-R. te hooren vernietigen het arr. van het geregtshof te Arnhem 12 Dec. 1877 tusschen partijen gewezen, voor zooverre daarbij het vonnis van de arr.-regtb. te Arnhem van 23 Apr. 1877 is vernietigd en op nieuw regt is gedaan, en de zaak te hooren verwijzen

naar het geregtshof te Arnhem om aldaar, met in achtneming van 's H.-R.'s arr. verder te worden behandeld en afgedaan, met veroordeeling van den verw. in de kosten zoo in appel als in cassatie gevallen.»

Mr. A. M. van Stipriaan Luiscius heeft, als adv. van den verw. *i. c.* en dezen vertegenwoordigende, de volgende conclusie genomen:

»A. het aangevallen arr., met vernietiging van het vonnis des eersten regters, de eischers, toen geïntn, heeft verklaard niet-ontvankelijk in hunne vorderingen;

»A. deze beslissing hoofdzakelijk steunt op 's Hofs overw.:

»dat derhalve de onderwerpelijke schade-actie alleen steunt »op het verzwijgen door den app. van eene van gezegde erf»laatster ontvangene schenking en niet-inbrengen door hem van »het aan inbreng onderworpene gedeelte er van in haren boedel, »doch dat dit een en ander is geene uit zich zelve tot schade»vergoeding verpligtende onregtmatige daad, of nalatigheid, »in den zin van de a. 1401 en 1402 B.-W., vermits daardoor »het regt der geintn om als zijne medeërfgenamen dien inbreng »te vorderen niet is of niet kan zijn verkort, en alzoo geen »schade aan hen is of kan zijn veroorzaakt, en dat het be»paaldelijk nu niet wordt gesteld, dat app., na vordering van »inbreng door geïntn, nalatig is gebleven dien te doen, even»min is aan te merken als de niet-nakoming eener verbindtenis, »die op grond der a. 1275 en 1279 van genoemd wetboek »hem tot schadevergoeding zou verpligten;

»dat alzoo de in de dagvaarding voor de ingestelde schade»actie aangevoerde gronden haar in geen geval kunnen wettigen »en dus die in het bestreden vonnis toegewezen actie is niet»ontvankelijk, zoodat apps eerste grief tegen het vonnis *a quo* »is gegrond;»

»A. nu de oorspronkelijke eischers en geïntn daartegen aanvoeren als eenig *middel van cassatie* enz.;

„A. wat aangaat deel *a* van dit *middel*, moet worden opgemerkt, dat al bevatte a. 48 B.-R. niet slechts bevel aan den regter om de door partijen niet aangevoerde regtsgronden aan te vullen, maar ook verbod om ambtshalve regtsmiddelen toe te passen, dan nog zulks den eischers i. c. niet zou baten;

„A. toch 's Hofs arr. *feitelijk* constateert, dat de app., nu verw. i. c., ter justificatie van zijne eerste grief tegen het vonnis der regtb. voornamelijk heeft beweerd, dat de door geintimn ingestelde schade-actie noch uit eene onregtmatige daad, noch uit de niet-nakoming eener verbindtenis voortspruit en dus is niet-ontvankelijk;

„A. voorts uit dat arr. blijkt, dat het Hof na *daaromtrent* in onderzoek te zijn getreden, als gevolg daarvan heeft verklaard, dat app. eerste grief tegen het vonnis *a quo* was gegrond;

„A. onder deze omstandigheden der eischers klagt, bij deel *a* van hun *cassatie-middel* geformuleerd, haren *feitelijken grondslag mist*, terwijl daarenboven de inhoud der door het Hof aangehaalde a. 1401, 1402, 1275 en 1279 B.-W. den regter, ook al had de ged. en app. daarop niet gewezen, steeds zouden verhinderen ontvankelijk te oordeelen eene actie, die *in casu* aan de eischers niet was gegeven;

„A. wat betreft deel *b* van het *cassatie-middel*, dit is gerigt tegen 's Hofs beslissing: „dat het, bepaaldelijk nu niet wordt „gesteld, dat app. na vordering van inbreng door geintimn, „nalatig is gebleven, dien te doen, evenmin is aan te merken „als de niet-nakoming eener verbindtenis, die op grond der a. „1275 en 1279 van genoemd wetboek hem tot schadevergoeding „zou verpligten;"

„A. bij deze beslissing *deels* de oorspronkelijke dagvaarding feitelijk wordt geëxpliceerd, *deels* met juistheid wordt toegepast de bepaling van a. 1279 B.-W.: „vergoeding van kosten, „schaden en interessen voortspruitende uit het niet-nakomen „eener verbindtenis is eerst dan verschuldigd, wanneer de

»schuldenaar, na in gebreke te zijn gesteld, nalatig blijft om »die verbindtenis te vervullen;»

»A. nu de eischers i. c., aanvoerende dat in gebreke stelling hier onnoodig was, daar inbreng slechts kan geschieden vóór of bij de boedelscheiding en *in casu* de nalatenschap reeds lang gescheiden en verdeeld was, de ontvankelijkheid hunner actie trachten goed te maken met de bewering, dat de verw. den tijd, binnen welken hij aan zijne verpligting tot inbreng voldoen kon, heeft laten voorbijgaan en dat bovendien de tot inbreng verpligte erfgenaam van het overlijden des erflaters af in gebreke is;

»A. echter deze beweringen, wat overigens van hare waarde zou kunnen zijn, nooit tot cassatie in deze aanleiding kan geven, omdat *in facto* niet blijkt, dat de ingestelde actie om te bekomen schadevergoeding wegens niet-nakoming van verbindtenis zonder voorafgaande in-gebreke-stelling, bij oorspronkelijke dagvaarding op die beweringen is gegrond;

»A. voorts die beweringen minder dienstig zijn om den eischer i. c. te baten, dan wel om te doen uitkomen (wat ook reeds bij den *judex facti* door den verw. is aangevoerd), dat zij eischers den tijd om deugdelijke vordering tot inbreng te doen gelden hebben laten voorbijgaan, waaruit zij aanleiding hebben genomen eene geheel onmogelijke actie te bedenken;

»A. deel *c* van het *cassatie-middel*, waarbij de eischers de ontvankelijkheid hunner actie met beroep op de a. 1401 en 1402 B.-W. trachten te staven, buiten onderzoek zal kunnen blijven, nu de eischers zelve aanvoeren, dat hunne actie niet op die a. maar eeniglijk op a. 1275 B.-W. is gebaseerd;

»A. daarenboven de a. 1401 en 1402 B.-W. door de niet-ontvankelijkverklaring van des eischers actie *in casu* nooit kunnen zijn geschonden of verkeerd toegepast, omdat verzwijging en niet-inbrengen eener aan inbreng onderworpene schenking niet is onregtmatige daad of nalatigheid, in den zin dier a.,

tot wier toepasselijkheid wordt vereischt, dat de daad of de nalatigheid den regtsband tusschen partijen vestigt, hetgeen *in casu* het geval niet is;

„A. dus het voorgestelde *cassatie-middel* in elk zijner deelen is onaannemelijk;

„Zoo concludeert Mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, als enz., dat bij arr. van den H.-R. de ten deze ingestelde voorziening i. c. zal worden verworpen, met veroordeeling van de eischers in de kosten v. c.„

In deze zaak heeft de Proc.-G. RÖMER de volgende conclusie genomen:

„De req[n] zijn in hunne regtsvordering tegen den verw., strekkende tot vergoeding van kosten, schade en interessen, wegens het niet behoorlijk voldoen aan zijne verpligting tot inbreng eener gift of schenking in eene tusschen hen plaats gehad hebbende boedelscheiding, bij arr. van het Geregtshof te Arnhem dd. 12 Dec. 1877 niet-ontvankelijk verklaard.

„Als *middel* van cassatie voeren zij tegen die uitspraak aan: schending en verkeerde toepassing van a. 48 B.-R., in verband met de a. 1132, 1137, 1138, 1144, 1269, 1272, 1275, 1279 B.-W. en subsidiair ook van a. 1401 en 1402 *ibid.*

„Slechts eenige der aangehaalde a. kunnen in aanmerking komen, en zijn dan ook bij de pleidooi behandeld.

„Het staat thans tusschen partijen vast, dat is ingesteld de regtsvordering omschreven in a. 1279 B.-W., en dat zij niet berust op a. 1401 *ibid.* Ik acht het daarom onnoodig het *subsidiaire middel* van cassatie te behandelen; het betoog van het Hof, dat aan geene onregtmatige daad kan worden gedacht is m. i. overigens juist.

„De eerste grond voor het *middel* berust op a. 48 B.-R. Het arr. overweegt dat de verw. niet behoorlijk in gebreke is gesteld; en de req[n] beweren dat de verw. zich op het verzuim van *in-mora-stelling* niet heeft beroepen; dat dit echter een

regtsmiddel is; hetwelk door den regter niet kan worden aangevuld zonder a. 48 verkeerd toe te passen.

„De geachte pleiter beriep zich op het arr. van 17 Apr. 1874 (*Ned. Rspr.* CVI, 474; v. d. Hon, *B.-R.* XXXIX, 322). Niettegenstaande dat arr. meen ik te moeten volharden bij mijne vroegere meening, dat het verbod om regtsmiddelen aan te vullen in a. 48 niet is geschreven. Zie mijne conclusie bij v. d. Hon., *B.-R.* XXXVII, 30 en voorts eene conclusie van den heer v. Maanen, *l.l.* IV, 497.

„Ik acht dus de bewering *in jure* ongegrond: maar evenzeer *in facto*, omdat de *in-mora-stelling* een element is der actie in a. 1279 omschreven, en de regter moet onderzoeken of de eischer de elementen zijner ingestelde actie geposeerd en behoorlijk bewezen heeft.

„Over de regtsvraag zelve vergelijke de H.-R. nog Dalloz, in voce *Action*, Sect IV, nº 312.

„De *tweede* grond voor het *middel* is deze: dat de inbreng moest geschieden vóór of bij de boedelscheiding; dat tusschen partijen vaststaat, dat de boedel reeds voor vele jaren tusschen hen gescheiden is; dat de verw. dus den termijn waarop hij tot inbreng verpligt was heeft laten voorbij gaan, en volgens het slot van a. 1279 *eo ipso* daardoor in gebreke is gesteld.

„Nu geloof ik, dat de eischers om dezen grond van het *middel* te staven, een wetsa. moeten aanvoeren, waaruit blijkt dat de inbreng op een bepaalden tijd moet geschieden. Zij beroepen zich daartoe op a. 1144 B.-W., doch daarbij is slechts bepaald van welk tijdstip af de interessen loopen. Reeds daarom is de grond, waarop het *middel* berust, niet gestaafd, want om zich op het slot van a. 1279 met vrucht te kunnen beroepen, moet worden aangetoond dat het tijdstip, waarop de verbindtenis moet worden nagekomen, door de wet of de overeenkomst is bepaald.

„Wat er echter ook zijn moge van de motieven van het arr., zoo geloof ik, dat de schade-actie teregt niet-ontvankelijk is verklaard.

„Ieder mede-erfgenaam is tot inbreng verpligt de wetgever veronderstelt, dat de erflater den eenen erfgenaam niet boven den anderen heeft willen bevoordeelen.

„Die inbreng moet echter door de mede-erfgenamen gevorderd worden; daartoe strekt de *actio familiae erciscundae* L. 1, D. *de dotis collat.*, L. 37, T. 7.

„De mede-erfgenamen kunnen echter stilzitten, zij kunnen van hun regt tot vordering van inbreng afzien; de erfgenaam, die moet inbrengen, kan ter goeder trouw in de meening verkeeren, dat hij daartoe niet is verpligt, of dat het de bedoeling van den erflater is geweest hem van zijne verpligting tot inbreng te ontheffen. Maar daaruit vloeit m. i. voort, dat de erfgenaam, die niet inbrengt, niet *ipso jure* in gebreke is. Indien de inbreng gevorderd, en die vordering toegewezen wordt, dan moet hij de interessen vergoeden van den dag, dat de erfenis is opengevallen, volgens a. 1144 voormeld.

„Wanneer echter, zooals *in casu* het geval is, de boedel gescheiden is, en derhalve niet meer bestaat, dan is de regtsvordering tot inbreng *in den boedel* m. i. niet meer mogelijk.

„De partijen treden dan tot elkander in eene andere regtsbetrekking; zij hebben de actie tot vernietiging der boedelscheiding, hetzij dan uithoofde van bedrog, hetzij wegens eene daarin gepleegde benadeeling tot een bepaald bedrag. Het geval, dat eene verpligte inbreng niet heeft plaats gehad, is dus in de wet voorzien.

„En wanneer nu de actie tot boedelscheiding is verjaard, dan kan zij niet herleven in den vorm eener actie tot inbreng. En indien de actie tot inbreng niet meer bestaat, omdat de verpligting daartoe is vervallen en de eischers in cassatie hebben haar dan ook niet ingesteld, dan kan zij zich niet oplossen in eene actie tot schadevergoeding.

„Ik moet de aandacht van den H.-R. nog vestigen op de *vijfde* overw. *quoad jus.* Het Hof zegt dat alzoo de in de dagvaarding voor de ingestelde schade-actie aangevoerde gronden, haar in geen geval kunnen wettigen, en dus de in het vonnis toegewezen actie niet is ontvankelijk.

„Ik geloof niet, dat het Hof de vordering heeft willen ontzeggen, waartoe die overw. schijnt te moeten leiden, maar in ieder geval zou de niet-ontvankelijk-verklaring, al was zij minder juist, geen grond opleveren tot cassatie. Er is geen a. aangevoerd, hetwelk daardoor geschonden zou zijn, en een zoodanig a. bestaat ook niet. De H.-R. vergel. daaromtrent het arr. van 22 Febr. 1844 (v. D. HON., *B.-R.* V, 199; *Ned. Rspr.* XVII, 193).

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening en veroordeeling van de eischers in de kosten, in cassatie gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Wat aangaat het voorgestelde *middel* van cassatie: beweerde schending of verkeerde toepassing van a. 48 B.-R., de a. 1132, 1137, 1138, 1144, 1269, 1272, 1275 en 1279 B.-W. en subsidiair ook van de a. 1401 en 1402 van dat wetb., doordien bij het beklaagde arr. de vordering der eischers niet-ontvankelijk is verklaard, zoo die van a. 1275 B.-W. is ingesteld, omdat niet is geposeerd, dat de verw. na vordering van inbreng door de eischers, nalatig is gebleven dien te doen, en dus op grond dat de verw. niet in gebreke was gesteld, en zoo die van de a. 1401 en 1402 B.-W. is ingesteld, op grond dat door de verzwijging en het niet inbrengen der gift, aan de eischers geene schade is of kan zijn veroorzaakt, en wel omdat:

„*a.* die middelen van niet-ontvankelijkheid door den verw. niet zijn opgeworpen en dus bij het beklaagde arr. niet enkel regtsgronden zijn aangevuld, maar niet voorgestelde regtsmiddelen zijn toegepast;

„*b.* in-gebreke-stelling onnoodig was, daar inbreng slechts

kan geschieden vóór of bij de boedelscheiding, en, gelijk feitelijk vaststaat, *in casu* de nalatenschap reeds lang gescheiden en verdeeld was, zoodat de verw. den tijd binnen welken hij aan zijne verpligting tot inbreng kon voldoen, heeft laten voorbijgaan, terwijl bovendien de tot inbreng verpligte erfgenaam van het overlijden des erfgenaams (der erflaatster) af in gebreke is; en subsidiair:

"c. de overweging dat geene schade is of kan zijn veroorzaakt steunt op den met de genoemde wetsbepalingen strijdigen regtsgrond dat door de verzwijging en het niet inbrengen der schenking het regt der eischers, om als mede-erfgenamen van den verweerder dien inbreng te vorderen, niet kan zijn verkort;

"O. wat betreft het voorgestelde *middel* van cassatie, dat de vordering, die door de nu eischers is ingesteld geworden berust op de stelling dat de nu verweerder nalatig is gebleven in zijne verpligting tot inbreng, en hij dus door zijne nalatigheid schade aan de nu eischers heeft veroorzaakt;

"O., dat dit beweren volgens het aangevallen arr. alleen daarop steunt, dat door den nu verweerder zou zijn verzwegen eene van de gemeenschappelijke erflaatster ontvangen schenking en dat niet het aan inbreng onderworpen gedeelte er van door hem in haren boedel zou zijn ingebragt, en dat dienaangaande is beslist:

"eerstelijk, dat dit een en ander geene uit zich zelve tot schadevergoeding verpligtende onregtmatige daad of nalatigheid is in den zin van a. 1401 en 1402 B.-W., vermits daardoor het regt der toen geïntim^n^, nu eischers in cassatie, om als mede-erfgenamen van den nu verw. den bedoelden inbreng te vorderen niet is of kan zijn verkort en alzoo geene schade aan hen is en kan zijn veroorzaakt;

"ten tweede, dat het, nu niet wordt gesteld dat app^t^, nu verw. in cassatie, na vordering van inbreng door geïntim^n^, nu eischers, nalatig is gebleven dien te doen, evenmin is aan te

merken als de niet nakoming eener verbintenis, die op grond van de a. 1275 en 1279 B.-W. hem tot schadevergoeding zou verpligten;

»O. wat in de eerste plaats aangaat de vraag of in deze is geschonden of verkeerd toegepast a. 48 B.-R., dat het dienaangaande beweerde reeds daarom is onaannemelijk; omdat de redeneringen, waarop het Hof de beslissing omtrent de al of niet toepasselijkheid in deze van de evengemelde wetsbepalingen heeft doen rusten, niet anders zijn dan gronden van regt door het Hof aangenomen om te komen tot de ware beteekenis van die wetsa. en de al of niet toepasselijkheid daarvan op het gegeven geval;

»O. wat in de tweede plaats aangaat de vraag of de a. 1275 en 1279 zijn geschonden of verkeerd toegepast door de beslissing, hieromtrent gegeven, daarop te doen rusten, dat niet is gesteld, dat de nu verw., na vordering van inbreng door geintim^{n}, nu eischers in cassatie, nalatig is gebleven dien te doen; dat, gesteld dat na de tot stand gekomen boedelscheiding eene vordering tot schadevergoeding wegens verzuimden inbreng als zoodanig, daargelaten of eene andere vordering zou zijn toewijsbaar, zou kunnen opgaan, in allen gevalle noch uit a. 1144 B.-W., noch uit eenig ander der aangehaalde wetsa. volgt dat de inbreng op een bepaalden tijd moet geschieden en dus het geval hier zou bestaan dat wordt bedoeld bij het slot van a. 1279;

»O. wat in de derde plaats aangaat de vraag of de a. 1401 en 1402 B.-W. zijn geschonden of verkeerd toegepast door de beslissing, dat hier geene onregtmatige daad of nalatigheid is in den zin dier wetsa., vermits het regt der nu eischers om den inbreng te vorderen daardoor niet is verkort; dat, wat er zij van de door het Hof aangegeven beweegreden, de bedoelde wetsa. niet zoo algemeen zijn op te vatten dat daaronder zouden zijn begrepen alle daden of nalatigheden, van welken

aard ook, met name ook dezulke waarbij, zooals hier, het oordeel over het al of niet aanwezig zijn daarvan enkel en alleen zou afhangen van de beantwoording der vraag of krachtens eenige verbintenis, hetzij uit overeenkomst, hetzij uit de wet ontstaan, eenige verpligting om iets te doen of niet te doen àl of niet zou moeten worden geacht te bestaan, doch dat, naar a. 1389 van gemeld wetb. om de a. 1401 en 1402 te kunnen inroepen, de verbindtenis behalve uit kracht der wet ook ten gevolge van 's menschen toedoen moet zijn ontstaan, hetgeen ten deze niet toepasselijk is;

„O., dat op grond van een en ander het voorgestelde *middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt de eischers in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1608. — Arrest van 28 Junij 1878.

(A. 1950 B.-W.; 87, 88, 91, 92 en 95 K.)

Is, wanneer eene wraking steunt op regtsgronden of wetsinterpretatie een onderzoek in cassatie naar den grond der wraking mogelijk? — JA.

Heeft de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw er belang bij, ten einde haren man niet aan eene regtsvordering, die ook haar zoude treffen, bloot te stellen, te verklaren, dat haar man, een schipper, de goederen, van een behoorlijk adres voorzien, aan het kantoor van den expediteur, met het verder vervoer van goederen belast, had bezorgd, en behoort zij mitsdien als getuige te worden gewraakt? — JA.

Volgens zijne dagvaarding had de eischer i. c. in Oct. 1879 een zekere hoeveelheid rijst te verzenden aan den heer S. te Venlo en die rijst toevertrouwd ten vervoer aan den schipper D. v. L., ten einde die in zijn schip „*de vrouw Geer-*

truida» naar Rotterdam te brengen en ze aldaar ter verdere expeditie aan den destinataris te Venlo over te leveren aan het agentschap der firma P. J. B., de nu verw^{sse}.

Deze rijst nu is te Venlo aan een ander persoon bezorgd, en werd, na ontdekking daarvan, ongeveer twee maanden later, aan den heer S. aangeboden, die alstoen weigerde de rijst onvoorwaardelijk te accepteren.

Het gevolg van deze vertraagde afzending was alzoo schade voor den afzender, en, daar de verw^{sse} niet wilde medewerken tot minnelijke regeling, — een geding tot schadevergoeding, ten gevolge van de verkeerde handelwijs en verzuimen van de verw^{sse}.

Deze beweerde nu de goederen te Rott. van den schipper v. L. te hebben aangenomen met *mondelingen* last om die te vervoeren naar Venlo en te bezorgen bij den heer S. aldaar, doch ontkende dat er een »adres« bij de balen rijst was overgegeven, luidende aan den heer W. J. S. te Venlo, gelijk eischer poseerde. De eischer had reeds bij conclusie van eisch aangeboden dit laatste feit te bewijzen, en van daar een interlocutoir vonnis van 28 Junij 1877, waarbij de eischer toegelaten werd om door getuigen te bewijzen, dat de 25 balen rijst, die 19 Oct. 1876 door de onderneming van de gedaagde (verw^{sse}) te Rott. in ontvang zijn genomen van schipper v. D. L., waren voorzien van een adres, waarop vermeld stond, dat de heer Bl. te Zaandam de afzender, en de heer St. te V. de geadresseerde was«. — Ten dienenden dage werden twee getuigen gehoord en een derde gewraakt. Tot het hooren van eene get. in plaats van den gewraakte, werd een nadere dag (22 Nov.) bepaald. Deze get. nu, de vrouw van voormelden schipper v. L., werd door de verw^{sse} eveneens gewraakt, als zou zij hebben een direct financieel belang bij het geding, daar van hare verklaring kon afhangen of de man al dan niet schuld had aan de niet-bezorging of niet behoorlijke bezorging

der bewuste goederen; of hij mitdien zou blootstaan aan eene actie deswege, die ook haar, als zijnde in gemeenschap van goederen gehuwd, zou kunnen benadeelen.

Deze wraking werd door den eischer bestreden met de bewering, dat *elke* vordering tegen den expediteur of voerman uit hoofde van een geheel verlies, vertraging der bezorging of geledene schade aan koopmanschappen of goederen, *verjaart* met den tijd van 6 m., ten aanzien der verzendingen binnen 's lands gedaan, en dat *in casu* die tijd reeds lang verstreken was, zoodat gemelde schipper geen gevaar meer liep deswege te worden geactionneerd.

Bij vonnis van 22 Nov. 1877 werd echter dit laatste beweren op regtsgronden verworpen en mitsdien de wraking toegestaan.

Tegen deze beslissing is dit beroep in cassatie gerigt.

De eischer stelt als *eenig middel* van cassatie voor: schending en verkeerde toepassing van de a. 1950 B.-W., 87, 88, 91, 92 en 95 K., 108 en 200 B.-R., doordien de regtb. ten onregte heeft beslist, dat de vordering tegen een schipper of expediteur »wegens het in het geheel niet of niet behoorlijk bezorgd zijn der goederen« niet zou vallen onder de vorderingen, waaraan a. 95 K. een korten verjaringstermijn toekent, van welke beslissing de gegrondverklaring der wraking ten deze een regtstreeksch gevolg is geweest; en concludeerde, dat de H.-R., de gegrondheid van dit *middel* uitsprekende, het tusschen partijen gewezen vonnis der arr.-regtbank te Roermond van 22 Nov. 1877 mogt vernietigen, verder regtdoen zooals de H.-R. zou vermeenen te behooren en verw^sse^ veroordeelen in de kosten.«

Voor de verw^sse^ is de volgende conclusie genomen:

»A. des eischers bewering is onjuist, vermits, zoo de bewuste schipper de goederen met een behoorlijk adres van den afzender had ontvangen, doch hen zonder adres aan de verw^sse^ ter verder vervoer had opgegeven, hij aan zijnen afzender wel schadepligtig zoude zijn uit hoofde van niet-ver-

vulling eener speciale opdragt, doch er van geen verlies, noch zelfs van niet-bezorging, van tardieve bezorging of van beschadiging der goederen, die hij schipper immers aan de hem aangewezen firma behouden en wel uitleverde, sprake tegenover hem zou kunnen zijn;

„A. trouwens, al ware 's regters considerans rakende die verjaring onjuist, daarmede nog niet zou vallen zijne beslissing, dat de getuige belang had haren man aan de regtsvordering niet bloot te stellen, daar een belang bij het niet beloopen van een proces zich zeer goed ook dan denken laat, al bestaat naar de fijnheden des regts een goede kans dat de gevreesde actie door eene exceptie van verjaring zal kunnen worden ontgaan;

„A. bovendien de eischer voorbijziet en in cassatie niet bestrijdt den tweeden grond, dien de regter voor zijne beslissing geeft en die kennelijk daarin bestaat, dat de regtb., — afgescheiden van de vrees voor het beloopen van een proces — aanneemt dat de omstandigheid, dat op slot van rekening aan den schipper zou worden geweten de schuld der plaats gehad hebbende verwarring, de mogelijkheid doet ontstaan dat de vrouw uit eigen belang de verklaring zoo aflegt dat de schuld kome te drukken niet op haren man, maar op de verweerders;

„A, eindelijk de geheele voorziening uitgaat van de onderstelling, dat in cassatie kan worden onderzocht de juistheid der reden waarom de regter het bij a. 1950, 3o, B.-W. bedoelde belang bij een getuige aanwezig acht, — eene onderstelling intusschen, welke de verw^{sse} die dergelijke beslissingen houdt voor feitelijke, niet kan toegeven;

„Zoo concludeert mr. B. M. VLIELANDER HEIN, als advocaat van de verw^{sse} *i. c.*, dat bij arr. van den H.-R. de ten deze door den eischer ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„De getuigen-wraking, waartegen men opkomt, had plaats in een geding tot schadevergoeding wegens vertraagde bezorging van goederen, welke de eischer had toevertrouwd aan den schipper D. v. L., ten einde die te vervoeren naar Rotterdam, en daar over te leveren aan de firma P. J. B. (de verw[sse]) belast met de verdere expeditie aan den destinataris te Venlo, en welke goederen, door misverstand omtrent dien destinataris, eerst twee maanden na aankomst te Venlo aan dezen zijn aangeboden.

„De verwerende firma beweerde niet in verzuim te zijn daar de goederen haar door den schipper v. L. te Rotterdam waren overgegeven met mondelingen last die te bezorgen aan een persoon, voor wien zij bleken niet bestemd te zijn. De eischer in cassatie daarentegen beweerde, dat er een adres bij de goederen was afgegeven, luidende: aan den heer W. J. S. te Venlo, en dientengevolge werd hij toegelaten door getuigen te bewijzen dat de goederen, die door de onderneming van de ged. (nu verw[sse]) te Rotterdam in ontvang zijn genomen van schipper v. L., waren voorzien van een adres, waarop vermeld stond, dat de heer B. te Zaandam de afzender en de heer S. te Venlo de geadresseerde was.

„Bij dit getuigenverhoor was o. a. door den eischer als getuige opgeroepen de vrouw van voormelden schipper v. L., welke, op grond dat zij bij dit geding een zijdelingsch, ja zelfs een regtstreeksch belang had, door de verw[sse] werd gewraakt, en deze wraking werd bij het beklaagde vonnis gegrond verklaard. Tegen deze beslissing is als *cassatie-middel* voorgesteld: schending en verkeerde toepassing der a. 1950 B.-W., 87, 88, 91, 92, 95 K., 108, 200 B.-R., doordien de regtb. ten onregte heeft beslist, dat de vordering tegen eenen schipper of expediteur wegens het in het geheel niet of niet behoorlijk bezorgd zijn der goederen, niet zou vallen onder de vorderingen, waaraan a. 95 K. eenen korteren verjaringstermijn toekent, van welke

beslissing de gegrondverklaring der wraking ten deze een regtstreeksch gevolg is geweest.

„In het algemeen moet, dunkt mij, uit den aard der zaak de vraag of een getuige een dadelijk of zijdelingsch belang bij den uitslag eener procedure heeft, van feitelijken aard zijn, en dus de belissing daaromtrent in cassatie onaantastbaar. In dien geest besliste ook de H.-R. bij arr. van 30 Oct. 1860 (v. D. HON., *B.-R.* XIV, 376; *Ned. Rspr.* XL, 96); men zie ook de conclusie van den Adv.-G. Mr. GREGORY, van het arr. van 30 Nov. 1860 (v. D. HON., *B.-R.* XXIV, 444). Wanneer echter eene wraking alleen steunt op regtsgronden, op wetsinterpretatie, dan kan ik aannemen, dat een onderzoek in cassatie mogelijk is. En zulk een geval bestaat volgens den eischer hier.

„De grond der wraking was blijkens het vonnis deze, dat, wanneer deze getuige zoude verklaren, dat haar man D. v. L. de questieuse goederen, voorzien van een behoorlijk adres van den eischer B. ontvangen heeft, doch dat die goederen door haren man zonder adres aan de firma B. te Rotterdam zijn overgegeven, daardoor het bewijs zoude zijn geleverd, dat niet de verw^sse maar D. v. L. de schuld is, dat de questieuse goederen in het geheel niet of niet behoorlijk zijn bezorgd geworden, zoodat de gewraakte getuige, als in algeheele gemeenschap van goederen met gezegden v. L. gehuwd zijnde. er wel degelijk *belang* bij heeft, ten einde haren man niet aan eene regtsvordering, die ook haar treffen zoude, bloot te stellen, te verklaren, dat haar man v. L. de goederen van een behoorlijk adres voorzien aan het kantoor der verw^sse te Rotterdam heeft bezorgd, *althans* de mogelijkheid bestaat dat uit eigenbelang door haar dergelijke verklaring werd afgelegd.

„Wil men hier niet bepaaldelijk aannemen eene tautologie en het laatste gedeelte van het door mij medegedeelde niet beschouwen als volkomen niets beduidend en niet geschreven

(hetgeen toch wel niet geoorloofd zal zijn, indien men door uitlegging een gezonden zin aan die woorden kan geven), dan zijn er in het vermelde gedeelte van het vonnis tweeërlei beslissingen, daar het woordje *althans* van elkander gescheiden; bij het eerste gedeelte wordt m. i. de vrees voor eene regtsvordering aangenomen als de drijfveer die de getuige tot het afleggen van eene valsche verklaring kon nopen, bij het *tweede* gedeelte afgescheiden van de te verwachten regtsvervolging, het *eigenbelang*.

„Dit laatste is nu wel niet nader gemotiveerd, maar kan toch niet anders beduiden dan het belang om niet als de grondoorzaak van de veroorzaakte schade te worden beschouwd, omdat een schipper, al is hij ook daarvoor niet in regten aansprakelijk, daardoor toch o. a. in zijn bedrijf kan lijden. Tegen dezen tweeden grond van wraking, buiten het dreigende proces om, is het *middel* niet gerigt, zoodat deze blijft bestaan, ook al is het *middel* gegrond.

„De vrees voor eene regtsvordering is naar het beweren van den eischer *in casu* ijdel, omdat op grond van a. 95 de exceptie van verjaring met regt zoude zijn op te werpen, en tegen het gedeelte van het vonnis waarbij dit beweren werd verworpen, is eigenlijk het *middel* gerigt. De regtb. toch besliste, dat „hiertegen niet obsteerde de bepaling van a. 95 K., om„dat de aldaar gegeven korte verjaring zich slechts beperkt „tot de in dat a. opgenoemde gevallen, zoodat die verjaring „niet toepasselijk is op andere regtsvorderingen tegen den schipper „in die uitgezonderde gevallen niet begrepen.” De korte verjaring van a. 95 K. wordt verleend voor de regtsvordering tegen een schipper uithoofde van een geheel verlies (waaronder ik kan toegeven, dat „*niet-bezorging*” begrepen is), vertraging der bezorging of geleden schade aan koopmansgoederen. Maar ten opzigte van den schipper v. L. kan van zoo iets geen sprake zijn. Het is buiten contest, dat door hem de goederen

onbeschadigd en tijdig bezorgd zijn aan de verwerende firma te Rotterdam, waar zijne functie als schipper eindigde.

„Wat hem schadepligtig kan maken is dus niet het verlies, de vertraagde bezorging of de beschadigde toestand van goederen, maar enkel het niet mededeelen of niet behoorlijk mededeelen van het adres, waar de goederen, na een verder vervoer, dat hem niet aanging, moesten bezorgd worden, en waardoor vertraagde bezorging door een anderen vervoerder bij diens vervoer is veroorzaakt. Als schipper heeft hij aan zijne verpligting voldaan, maar de niet vervulling van een specialen last stelt hem bloot aan de *actio mandati*, die echter niet onder de korte verjaring van a. 95 valt. Vgl. DE WAL, *Handelsregt*, I, § 258, bl. 174.

„Dat a. 95 K. geene uitbreiding gedoogt, volgt uit het exceptionele van het daarin vervatte voorschrift, en wordt ook geleerd door Mr. A. DE PINTO, *Handleiding Wetb. v. K.*, 2e gedeelte, § 79, bl. 89.

„Mogt deze opvatting van a. 95 K. te beperkt zijn, dan zoude ik niet met de verwsse durven aannemen, dat de wraking toch gewettigd werd door de beslissing, dat de getuige belang had om haren man niet aan eene regtsvervolging bloot te stellen, want dit staat in onmiddellijk verband met de meening van de regtb., dat die regtsvordering *in casu* niet door verjaring is vervallen. Het moge nu waar zijn, dat vrees om langs den weg van regten tot betaling van schadevergoeding gedwongen te zullen worden een drijfveer kan zijn om de waarheid te kort te doen, al bestaat er voor deskundigen goede grond om te voorspellen, dat de regtsvordering niet zou opgaan, omdat het voorzien van den uitslag van een proces voor iedereen, maar vooral voor iemand van den stand van de getuige bijna onmogelijk is, — dat is m. i. eene geheel feitelijke appreciatie, die door den *judex facti* niet gemaakt is, en die de regter in cassatie niet mag suppleren.

»Ik vermeen, dat het *cassatie-middel* niet kan opgaan, en heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1050 B.-W., de a. 87, 88, 91, 92 en 95 K., de a. 108 en 200 B.-R., doordien de regtb. ten onregte heeft beslist, dat de vordering tegen eenen schipper of expediteur, wegens het in het geheel niet of niet behoorlijk bezorgd zijn der goederen, niet zou vallen onder de vorderingen, waaraan a. 95 K. eenen korten verjaringstermijn toekent, van welke beslissing de gegrondverklaring der wraking ten deze een regtstreeksch gevolg is geweest;

»O., dat door de regtb. bij hare 3e overw. is aangenomen, dat, wanneer de gewraakte getuige zoude verklaren, dat haar man D. v. L. de questieuse goederen, voorzien van een behoorlijk adres, van den (ook toen) eischer B. ontvangen heeft, doch dat die goederen door haren man zonder adres aan de firma B. te Rotterdam zijn overgegeven, daardoor het bewijs zoude zijn geleverd, dat niet de (thans en ook destijds) verw^sse^, maar D. v. L. de schuld is (dat) de questieuse goederen in het geheel niet of niet behoorlijk zijn bezorgd geworden, zoodat de gewraakte getuige, als in algeheele gemeenschap van goederen met gezegden v. L. gehuwd zijnde, er wel degelijk belang bij had, ten einde haren man niet aan eene regtsvordering, die ook haar treffen zoude, bloot te stellen, te verklaren, dat haar man v. L. de goederen, van een behoorlijk adres voorzien, aan het kantoor der verw^sse^ te Rott. had bezorgd, althans de mogelijkheid bestond, dat uit eigen belang door haar dergelijke verklaring werd afgelegd;

»O., dat, aangenomen ook dat de beantwoording der vraag: of een getuige geacht moet worden bij het geding, waarin hij is opgeroepen om te worden gehoord, een dadelijk of zijdelingsch

belang heeft van regtsvragen omtrent het verstand van eenige wetsbepaling kan afhankelijk zijn, die ook in cassatie zijn te onderzoeken, dan toch hier de alles beheerschende wetsbepaling, waarnaar het geschil moet worden beoordeeld, die is van a. 1950, nº 3, B.-W., en wel de vraag of in den zin dier wetsbepaling de gewraakte getuige in deze moest geacht worden te hebben een dadelijk of zijdelingsch belang;

„O., dat die vraag op de reeds aangehaalde gronden, bepaaldelijk daarop nederkomende dat er voor de getuige een belang bij het geding bestond, het gevaar namelijk van haren man aan eene regtsvordering, die ook haar treffen zoude, bloot te stellen, bij het aangevallen vonnis bevestigend is beantwoord;

„O., dat het dus hier de vraag is of het bedoeld gevaar voor de getuige het belang opleverde, bedoeld bij a. 1950, en dat die vraag teregt bij het vonnis bevestigend is beantwoord; terwijl het daarbij door den regter geopperde en beantwoorde bezwaar buiten aanmerking kan blijven;

„O. toch, dat het in eene materie als deze genoeg moet worden geacht om aan te nemen dat er voor zoodanige regtsvordering gevaar bestaat, wanneer, zooals hier bij a. 91 K., eene algemeene verantwoordelijkheid aan den schipper wordt opgelegd, zonder dat daarbij reeds dadelijk ook zou behooren of zelfs zoude kunnen worden uitgemaakt of mogelijkerwijze eene verjaring daaromtrent zou kunnen worden ingeroepen, als zullende dit nog van in dit proces zeker niet volledig bekende omstandigheden kunnen afhankelijk zijn;

„O., dat hierom het voorgestelde *middel* van cassatie niet is aannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Verwijst den eischer in de kosten; in cassatie gevallen.”

No 1609. — Arrest van 28 Junij 1878.

(A. 1378, 1384; a. 1356, 1371; a. 1825 en 1827 B.-W.)

Behoort de uitlegging eener overeenkomst uitsluitend aan den judex facti? — Ja.

Kan een middel, niet gerigt tegen de verwerping der verwering van ongeoorloofdheid van oorzaak door den judex facti, *maar strekkende om eene in de afgeloopen instantie niet geopperde verwering voor het eerst in cassatie te doen gelden, alsnog in aanmerking komen?* — Neen.

Is eene overeenkomst, strekkende tot onderlinge verzekering van vergoeding van reiskosten, indien een der contractanten aannemer van het aanbestede werk mogt worden, wèl als eene voorwaardelijke verbindtenis, maar niet als eene kansovereenkomst, veel minder als spel of weddingschap, te beschouwen? — Ja.

Bij dagvaarding zijn de volgende gronden beteekend:

De eischer i. c. H. was door den verw., oorspronkelijk eischer, T., gedagvaard voor het kngt. te Oss tot betaling eener som van ƒ 138.89, met de rente; ingevolge eene overeenkomst, in het vonnis opgenomen:

„Wij ondergeteekenden aannemers verklaren dat in elk geval bij de aanneming van het bouwen der R. K. kerk met toren en pastorie te Wervershoeve, degene die, hetzij bij onmiddellijke vergunning, hetzij bij nadere accordatie voornoemd werk zal maken, bij het ontvangen der eerste termijn der aannemingssom aan elk der overige ondergeteekenden zal betalen een som van ƒ 250 voor tegemoetkoming van reis- en verblijfkosten enz., door elk der ondergeteekenden voor dit werk gemaakt; daarenboven verpligt zich de aannemer hiervan tot betaling van een som van ƒ 100, als ƒ 50 aan D. S. te Nibbixwoud en ƒ 50 aan J. K. te Wognum, indien deze twee laatstgenoemde personen ook voor dit werk zullen hebben ingeschreven."

H. beweerde uit dit contract niets schuldig te zijn aan T., daar deze niet had ingeschreven, hoewel dit voorwaarde van de praestatie was, en dat bovendien de verbindtenis een ongeoorloofde oorzaak had of als spel beschouwd moest worden.

De kntr. nam de eerste verwering aan: uit het woordje: »ook« aan het slot van het contract volgde z. i. dat inschrijving vereischte is voor de uitkeering, en bovendien zou anders elk onderteekenaar zonder eenige praestatie of risico regt krijgen op eene uitkeering van den aannemer, hetgeen onaannemelijk was; uit dien hoofde ontzeide de kntr. de vordering van T. In appel daarentegen werd T. in het gelijk gesteld.

De arr.-regtb. te 's Bosch nam in zijn vonnis van 2 Nov. 1877 wel aan dat het bedoelde woordje »ook« inschrijving en mededinging schijnt te eischen, maar toch acht zij het vereischte niet gesteld, omdat de voorwaarde niet uitdrukkelijk voorkomt dáár, waar in het contract deze partijen hare regten en verpligtingen regelen, en dat bovendien de partijen, zonder uitdrukkelijk te kennen geven niet geacht kunnen worden hunne regten te doen afhangen van het bestaan eener omstandigheid die ieder zonder risico, namelijk door buitensporig hoog in te schrijven, kan doen ontstaan.

Ten aanzien der *causa* wordt overwogen, dat de vergoeding van reis- en verblijfkosten de uitgedrukte oorzaak is en dat die oorzaak niet ongeoorloofd is. Aan spel, eindelijk, kan hier (naar het vonnis) niet gedacht worden, omdat »spel« slechts in de beperkte beteekenis van het dagelijksch leven te nemen is en hier geen winstbejag noch belang, enkel door het contract ontstaande, gevonden wordt.

Tegen deze beslissing voert de eischer i. c. de volgende *middelen* aan:

»I. schending en verkeerde toepassing van a. 1378 en 1384 B.-W., omdat de regter niet het geheel beloop, maar slechts een deel van het contract tot grondslag van uitlegging neemt.

»De app. toch had beweerd dat het slot van het contract, als behelzende een *pactum adjectum* ten behoeve van derden, buiten beschouwing moet blijven als zonder invloed op de regtsverhouding der contractanten. H. betwistte dit en beweerde dat

voor de uitlegging moest gelet worden op het geheel van het contract. Hierop overweegt nu het vonnis, dat het woordje: »ook« in het slot van het contract schijnt aan te duiden dat inschrijving en mededinging ook voor deze contractanten als voorwaarde gesteld is, dat men niettemin het tegendeel moet aannemen, omdat de voorwaarde niet uitdrukkelijk gesteld is dáár, waar in het contract deze partijen hunne regten en verpligtingen regelen. Het gold hier de uitlegging. De regter zag dus, naar het oordeel des eischers, voorbij dat als regel voor de uitlegging is gesteld dat het geheele stuk in aanmerking moet worden genomen.

»II. Verkeerde toepassing van a. 1356, 1371, 1373 B.-W., omdat de regtb. onder de *causa* eener verbindtenis niet datgene verstaat wat de wet er mede bedoelt, namelijk de regtsoorzaak der verbindtenis.

»In het vonnis wordt overwogen dat de vergoeding der reis- en verblijfkosten door de gegadigden gemaakt om al dan niet voor het werk in te schrijven, de oorzaak is der verbindtenis van den aannemer om de in het contract bepaalde som te betalen; hieruit volgt dat de regter iets anders onder *causa* verstaat dan hetgeen de wet daarmede bedoelt.

»Oorzaak, *causa obligandi*, in a. 1356 vereischt voor de bestaanbaarheid der overeenkomst, is niet elk motief in het algemeen voor de handeling, maar bepaald de regtsgrond der verpligting. Die *causa* kan zijn of liberaliteit, waarvan hier geen spraak is, of een handeling in het voordeel van hem die zich verbindt, d. i. een praestatie ten zijnen behoeve, zij moge geschied of nog verwacht zijn. De bedoelde reis- en verblijfkosten zijn geen handeling ten voordeele, geen praestatie ten behoeve van den lateren aannemer.

»De regtbank ze als oorzaak beschouwende, stelt dus een andere oorzaak dan de a. 1356 en 1371.

»III. Schending van a. 1825, 1827 B.-W., omdat de regtb.

het begrip van spel te beperkt opvat en andere kenmerken daarvoor stelt dan de wet.

„Bij de overeenkomst verklaren de contractanten dat wie aannemer worden zal, aan de overigen een zekere som zal betalen.

„Voor alle partijen hing dus de praestatie af van een onzeker voorval, namelijk of één hunner en wie aannemer werd. Dit is het kenmerk van spel. De regtb. deelt een ander gevoelen. Vooreerst beperkt zij het begrip tot de naauwe beteekenis, die spel in het dagelijksch leven heeft. Wil dit zeggen, dat alleen de meest gebruikelijke vormen van spelen, b. v. kaart- en dergelijke onder spel te verstaan zijn, dan is deze opvatting reeds daarom te beperkt, omdat de wet van spelen spreekt, die in dit kader niet vallen. Bovendien ware de bepaling irrationeel te noemen. De wet zou dan niet aan het spelen, maar aan bepaalde vormen van spelen enkel de actie ontzeggen, en die dus aan andere vormen toekennen. Dit ware verlaging van het voorschrift tot eene willekeurige, niet op het wezen der zaak gegronde bepaling.

„Het is evenwel om het spelen en niet om de wijze van spelen te doen.

„Een aantal gevallen, buiten het dagelijksch spel, hebben hetzelfde karakter. De *ratio legis* verzet zich dan ook tegen deze opvatting.

„Maar, zegt het vonnis, hier is geen winstbejag. Alsof dit het kenmerk van spel ware. De meeste, vooral handelsovereenkomsten hebben winst ten doel, zijn zij daarom spel? Evenmin schijnt de omstandigheid dat het belang alleen door het contract ontstaat, kenmerk van spel te zijn. Overeenkomsten die stellig geen spel zijn, b. v. de *societas*, doen het belang, waarom het te doen is, ontstaan. Bij deze overeenkomsten die, gelijk spel, kansovereenkomsten zijn, b. v. de verzekering, was het belang reeds voor het contract.

„De dagvaarding strekt alzoo om bij arr. van den H.-R. te hooren vernietigen het vonnis der arr.-regtb. te 's Bosch voormeld, met verdere beslissing als de H.-R. zal meenen te behooren en met uitspraak over de kosten.

Voor den verw. i. c. is de volgende conclusie genomen:

„I. A. het *eerste middel* is onaannemelijk, omdat daarbij wordt opgekomen tegen de geheel aan den *judex facti* staande uitlegging van het contract; terwijl daarenboven de bewering dat de regter slechts zou gelet hebben op een gedeelte van het contract, haren feitelijken grondslag mist, gelijk blijkt uit het aangevallen vonnis en niet minder uit de toelichting zelve van het *middel;*

„II. A. wat betreft het *tweede middel*, de bewering dat hetgeen in de a. 1356, 1371 en 1373 B.-W. wordt genoemd de oorzaak der overeenkomst, of zoo men wil, der verbindtenis, zou zijn „de regtsgrond der verpligting” geheel aan hare plaats kan worden gelaten;

„A. *in casu* immers feitelijk vaststaat dat in het contract eene oorzaak is *uitgedrukt*, nl. vergoeding voor reis- en verblijfkosten, en regtens volkomen juist is beslist dat *die* oorzaak niet strijdt met wet of goede zeden, het tegendeel waarvan door den eischer trouwens niet wordt beweerd;

„A. voorts op grond van de ten processe gebleken feiten is beslist dat *in casu* geen reden bestaat om aan de waarheid dier uitgedrukte oorzaak te twijfelen;

„A. uit een en ander volgt, dat de verwerping van eischers, aan beweerde ongeoorloofdheid van oorzaak ontleende defensie teregt is geschied en met geen der aangehaalde a. strijdt, zoodat ook het *tweede middel per se* is onaannemelijk;

„III. A. wat het *derde middel* betreft, hoe men ook *in thesi* moge denken over de meening des regters dat in a. 1825 B.-W. enkel is bedoeld wat in het dagelijksch verkeer wordt verstaan onder *spel* (en waardoor de eischer het schermspel enz. ten

onregte uitgesloten acht) in elk geval eene overeenkomst, waarbij partijen bedingen dat diegene hunner, aan wien de aanbesteder de aanneming van het werk zal gunnen, de overigen zal indemniseren wegens hunne reis- en verblijfkosten, niet daarom, gelijk het *middel* wil, als spel in den zin der wet kan worden aangemerkt, omdat het *a priori* onzeker zou zijn wie aannemer zal worden, daar deze onzekerheid de overeenkomst wel kan maken tot eene voorwaardelijke ten opzigte van elk der contractanten respectievelijk, doch alleen het conditionele eener handeling haar nog niet tot spel maakt;

„A. de eischer overigens bij zijn *middel* wel in eene minder gelukkige kritiek vervalt van het vonnis op dit punt, doch zijnerzijds niet aangeeft, welke dan wèl de criteria van *spel* in den zin der wet zijn, veelmin aantoont dat die criteria bij het aangevallen contract aanwezig zijn.

„A. alzoo ook het *derde middel* is onaannemelijk;

„Zoo concludeert Mr. B. M. Vlielander Hein, als adv. van den eischer i. c., dat bij arr. van den H.-R. der Ned. de ten deze door den eischer ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„De overeenkomst, welke tot de tegenwoordige procedure heeft aanleiding gegeven, is van dezen inhoud: „Wij ondergeteekenden, „aannemers, verklaren dat in elk geval bij aanneming van het „bouwen der R. C. kerk met toren en pastorie te Wervershoeve, „degene, die hetzij bij onmiddelijke vergunning, hetzij bij „nadere accordatie voornoemd werk zal maken, bij het ont„vangen der eerste termijn der aannemingsom aan elk der „overige ondergeteekenden zal betalen eene som van *f* 250 „voor tegemoetkoming van reis- en verblijfkosten enz. door „elk der ondergeteekende voor dit werk gemaakt, daaren„boven verpligt zich de aannemer hiervan tot betaling van

„eene som van ƒ 100 als ƒ 50 aan D. S. te Nibbixwoud „en ƒ 50 aan J. K. te Wognum, indien deze twee laatst„genoemde personen ook voor dit werk zullen hebben inge„schreven.” De litigerende partijen waren onderteekenaars van dit contract.

„Naar aanleiding van dit stuk heeft de verw. in cassatie, ofschoon hij niet had ingeschreven of medegedongen, van den eischer in cassatie, die aannemer van het werk geworden was, de voldoening van de bij het eerste gedeelte van het contract bedoelde geldsom gevorderd, welke echter door den eischer is geweigerd.

„Blijkens de 1e overw. *in jure* van het beklaagde vonnis heeft de regter zich, naar aanleiding der sustenuen van partijen de drie navolgende vragen ter beantwoording voorgesteld:

„1° of inschrijving en mededinging ook voor deze contractanten als voorwaarde gesteld en bedoeld is?

„2° of dit contract heeft eene *ongeoorloofde* oorzaak?

„3° of het te beschouwen is als spel? en al deze vragen zijn ontkennend beantwoord.

„Het *eerste cassatie-middel* heeft betrekking op de eerste vraag en luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 1378 en 1384 B.-W., omdat de regter niet het geheele beloop, maar slechts een deel van het contract tot grondslag van uitlegging neemt.

„Bij het vonnis wordt in de tweede overw. *in jure* ten aanzien van de vraag of mededinging als voorwaarde voor de contractanten bedoeld is, overwogen, dat, niettegenstaande het woordje „*ook*” in het contract het tegendeel schijnt aan te duiden, die vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat, waar in het contract, deze partijen hunne regten en verpligtingen regelen, die voorwaarde niet uitdrukkelijk gesteld is, dat integendeel daar de uitkeering bedongen wordt „in elk geval”, hetzij bij onmiddellijke vergunning, hetzij bij nadere accordatie,

dat bovendien partijen, zonder uitdrukkelijk te kennen geven hunnerzijds niet geacht kunnen worden hunne regten afhankelijk te willen stellen van het aanwezig zijn eener omstandigheid, die elk hunner zonder eenig gevaar voor zich zelven kon in het leven roepen zoodra hij wilde, door namelijk voor eene buitensporig hooge som in te schrijven.

„Het betreft hier dus eenvoudig de uitlegging der overeenkomst, het naspeuren van de bedoeling van partijen. Die uitlegging behoort bij den *judex facti*, de regelen van uitlegging zijn voor hem geschreven, het resultaat van de toepassing dier regelen kan in cassatie niet onderzocht worden.

„Alleen dan kan er sprake zijn van schending der gemelde a. wanneer de regter *a quo* bij zijne uitlegging daarmede strijdige beginselen tot grond van uitlegging had aangenomen, maar geenszins wanneer, gelijk *in casu*, eene overeenkomst zoodanig is uitgelegd, als de regter vermeent met de bedoeling der partijen overeen te komen. Men vergel. de arr^n van 14 Febr. 1845 (v. D. HON. *B.-R.* VI, 365; *N.-Rspr.* XX, 82) 20 Nov. 1857 (v. D. HON. *B.-R.* XXI, 360; *N.-Rspr.* LVII, 125), 18 Maart 1870 (v. D. HON. *B.-R.* XXXIV, 325).

„A. 1378 zegt, dat indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, men daarvan door uitlegging niet mag afwijken. Maar over de mindere of meerdere duidelijkheid moet de *judex facti* oordeelen. Evenzoo is het met het verband der bedingen en het beloop der overeenkomst, waarvan a. 1384 spreekt. Het blijkt genoeg dat de regter *a quo* de verschillende bedingen niet over het hoofd heeft gezien, maar die met elkander in verband heeft beschouwd, doch het verband van die bedingen en het beloop van de overeenkomst heeft hij niet van dien aard bevonden, dat daardoor de uitlegging werd geregtvaardigd, die de eischer in cassatie aan de overeenkomst wenschte te geven.

„Het *eerste middel* is dus onaannemelijk.

„De tweede vraag, die de regtb. beantwoordde was deze: of het contract heeft eene *ongeoorloofde* oorzaak.

„Blijkens het vonnis was de bewering van den eischer in cass. deze, dat niet de uitgedrukte beweegreden, de vergoeding van reis- en verblijfkosten, maar uitkooping van concurrentie de oorzaak van het contract was, dat dit echter bij de wet was verboden en wel bij het tweede lid van a. 412 *C.-P.* en dus de werkelijke oorzaak was eene ongeoorloofde.

„De regtb. maakte echter *in facto* uit, dat er geen grond bestond om deze oorzaak aan te nemen en te twijfelen aan de waarheid van de uitgedrukte oorzaak.

„Nu wordt als *tweede middel* voorgesteld: verkeerde toepassing van de a. 1356, 1371 en 1373 B.-W., omdat de regtb. onder de *causa* eener verbintenis niet datgene verstaat wat de wet er mede bedoelt, n.l. de regtsoorzaak der verbindtenis.

„Men ziet, het *middel* betreft eigenlijk niet datgene, wat de regter zich, naar aanleiding der sustenuen van partijen, ter beslissing voorstelde, want al waren ook de vermelde a. geschonden of verkeerd toegepast, en door de regtb. als *oorzaak* beschouwd, wat *niet* in den zin der wet oorzaak is, dan nog volgt daaruit niet, dat de ongeoorloofde oorzaak die de eischer beweerde aanwezig te zijn, bestond, en toch was dit het punt in quaestie, en zou dit uit het *middel* moeten volgen als het eenig effect zoude hebben.

„Wat de stelling zelve betreft, bij het *middel* opgeworpen, zou er zeer veel te zeggen zijn over de vraag wat volgens onze wet is te beschouwen als oorzaak van de overeenkomst, of. wil men liever, van de verbindtenis.

„Kortheidshalve wil ik gaaf toestemmen wat de eischer daaromtrent aanvoert. „Oorzaak„, heet het in de dagvaarding in cassatie, „is niet elk motief in het algemeen voor de hande-„ling, maar bepaald de regtsgrond voor de verpligting. De „*causa* kan zijn òf liberaliteit, waarvan hier geen sprake is, òf

„eene handeling in het voordeel van hem, die zich verbindt, „dat is eene praestatie ten zijnen behoeve, zij moge geschied „of nog verwacht zijn.”

„Welnu, *in casu* is de oorzaak van de verbindtenis van elk der contractanten gelegen in de verwachte contra-praestatie om hem *casu quo* zijne reis- en verblijfkosten te vergoeden. De verbindtenis van den een is het aequivalent, is *causa* van de verbindtenis van den ander (DEMOLOMBE XII, n° 345, p. 119; MARCADÉ IV, 400; KIST IV, 11, 268).

„Nu zegt men: de vergoeding van reis- en verblijfkosten is wel het *motief* maar niet de *oorzaak* in den zin der wet. Ik vraag, waarom niet? De oorzaak is altijd een motief, al is niet ieder motief als oorzaak te beschouwen. De beweegredenen van eene verbindtenis, de bedoelingen waarmede men eene verbindtenis aangaat kunnen meer of minder veraf gelegen zijn. Het naaste doel is de oorzaak. „C'est seulement le motif dernier et immédiat de l'obligation qui constitue sa cause juridique”, zegt MARCADÉ IV, 400. Nu staat vast, dat bij deze overeenkomst de bedoeling van partijen was vergoeding van reis- en verblijfkosten te ontvangen, en ik vraag kan men zich dan bij deze overeenkomst een *ander* doel voorstellen? In den zin der wet is dus deze strekking de oorzaak der verbindtenis, en dit *middel* komt mij ongegrond voor.

„Het *derde cass.-middel* heeft betrekking op de bewering, dat het contract als spel zoude te beschouwen zijn. De regtb. is van oordeel, dat de uitdrukking *spel* in a. 1825 B.-W. niet mag worden uitgebreid buiten de eenvoudige en beperkte beteekenis die dit woord in het dagelijksch leven heeft, en dat, indien deze opvatting te eng mogt zijn, toch *in casu* aan geen *spel* te denken is, omdat het doel niet was winstbejag, maar eenvoudig vergoeding, en dat dit geoorloofd en redelijk belang niet is ontstaan door en ten gevolge van het contract, maar reeds voor het sluiten daarvan aanwezig was.

„Door deze beslissing beweert men dat geschonden zijn de artt. 1825 en 1827 B.-W., omdat de regtb. het begrip van spel te beperkt opvat en andere kenmerken daarvan stelt dan de wet.

„De opvatting, die de regtb. vooropzet, dat het woord *spel* in a. 1825 geene andere beteekenis heeft dan in het dagelijksch leven, is misschien wel wat eng, ofschoon deze gedeeld wordt door de regtb. te Rotterdam, blijkens haar vonnis van 1 Nov. 1876 (*Wkbl.* nº 4045). Maar hoe te denken over de vereischten die de regtb. verder stelt om spel aanwezig te achten?

„Het *middel* zegt, de regtb. stelt andere kenmerken dan de wet. Maar welke kenmerken stelt de wet dan voor spel? Eene definitie van spel ken ik in de wet niet. Bepaaldelijk wordt die niet gegeven in de als geschonden voorgestelde a. 1825 en 1827 B.-W. De eischer gaat, blijkens zijne ontwikkeling van het *middel* bij pleidooi, van het principe uit dat spel- en weddingschap het genus daarstelt van alle kansovereenkomsten, en dat dus de definitie, welke in het algemeen aan kansovereenkomsten moet gegeven worden, ook die is welke voor spel past. Maar dan had de eischer in de eerste plaats moeten beweren de schending van het a. van onze wetgeving waarin de omschrijving van kansovereenkomsten voorkomt, n.l. a. 1811 B.-W. Wij missen die bewering echter bij het *middel* en reeds daarom kan het niet opgaan.

„Beschouwen wij echter het stelsel van den eischer nader. Hij ontzegt alle actie aan kansovereenkomsten tenzij zij behooren tot de drie bij de wet geregelden: assurantie, bodemerij en lijfrenten. Alle andere zijn spel en weddingschap.

„Dit beweren is meer gevoerd, maar daartegen zijn hoogst gewigtige bedenkingen aan te voeren, ontleend aan de duidelijke bewoordingen van a. 1811 B.-W. Dit a. toch zou al zeer ongelukkig en omslagtig zijn geredigeerd, indien het moest

uitdrukken wat de eischer wenscht. Spel en weddingschap wordt daar niet als *genus*, maar als een bepaald *species* van kanscontracten opgenoemd en het enuntiatieve bij het opnoemen der soorten: *van dien aard zijn* enz., toont aan, dat de wetgever nog meer dan de vier aldaar vermelde soorten erkent.

„Maar ik wil hier niet verder bij stilstaan, omdat ik meen te kunnen aantoonen, dat de onderwerpelijke overeenkomst niet onder de kanscontracten te brengen is.

„De eischer concentreert de definitie van kanscontract in deze formule, dat het een zoodanig is, waarbij de praestatie van een onzeker voorval afhangt.

„Ik heb daar vrede mede. Het onderscheid tusschen eene voorwaardelijke verbindtenis en kansovereenkomst bestaat dan, ook volgens den eischer, daarin, dat bij de eerste de geheele verbindtenis afhangt van de onzekere gebeurtenis (a. 1289 B.-W. bij de laatste alleen de praestatie, met andere woorden: het kanscontract wordt ontwijfelbaar vervuld, hoe ook de uitkomst zij, daar het toeval niet te beslissen heeft *of* het contract *effect* zal hebben, maar alleen *welk* dat effect zal zijn, terwijl bij de voorwaardelijke verbindtenis het contract slechts bestaat dàn als de gebeurtenis plaats heeft, daar het effect tot daartoe is opgeschort, en vervalt als de gebeurtenis niet voorvalt. (Men zie PAUL PONT, *Continuation de* MARCADÉ, VIII; *Petits contrats*, I, n° 265; GOUDSMIT, *Kansovereenkomsten*, 29).

„Maar dan hebben wij bij de feitelijke beslissing *in casu* niet aan eene kansovereenkomst en *a fortiori* niet aan spel te denken. Stond het vast, dat een der contractanten aannemer *moest* worden en dus het contract altijd effect moest hebben, dan ware anders te oordeelen; maar niet alleen is dit niet uitgemaakt, maar integendeel beslist, dat zelfs geene inschrijving of mededinging bedoeld is.

„In de dagvaarding in cassatie staat dan ook teregt vermeld, dat het onzeker voorval hier was *of* een der contractanten en

wie aannemer werd. Het effect van het contract hing hiervan af; werd die voorwaarde niet vervuld en geen der contractanten aannemer, dan verviel de geheele overeenkomst. Ook het *derde middel* kan dus niet opgaan.

„Bij een vonnis van den kntr. te Groningen, gewezen in Mei 1874 (*Weekbl.* nº 3804) werden in een geheel soortgelijk geval als het onderwerpelijke, beweringen als die nu door den eischer in cass. worden gevoerd, gegrond verklaard. Dit vonnis werd bestreden door Mr. H. SCHAAP, in een opstel, opgenomen in het *Tijdschrift voor het Ned. Regt* VII, 200, waarmede ik mij over het algemeen wel kan vereenigen en waarnaar ik verwijs.

„Mijne conclusie strekt tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1378 en 1384 B.-W., omdat de regter *a quo* niet het geheel beloop van het ten processe ingeroepen contract tot grondslag van uitlegging heeft genomen, door namelijk een in dat contract, ten behoeve van derden opgenomen *pactum adjectum*, ten aanzien der ten deze litigerende partijen niet in aanmerking te nemen;

„O., dat dit *middel* is onaannemelijk; vooreerst, omdat het mist zijn feitelijken grondslag, vermits het in deze bedoelde *pactum* is aangemerkt als alleen te betreffen de daarbij genoemde derden, en alzoo daarop bepaaldelijk is gelet; en ten andere, omdat het *middel* is gerigt tegen de uitlegging van het contract, voor zoover het is geoordeeld aan te gaan de partijen in dit geding, en op de uitlegging, als niet in strijd met de beginselen in de aangehaalde wetsa. uitgedrukt, in cassatie niet is terug te komen;

„O., dat als *tweede middel* is aangevoerd: verkeerde toepassing der a. 1356, 1371 en 1373 B.-W., omdat bij het be-

streden vonnis, in strijd met a. 1356, niet als oorzaak der overeenkomst is aangenomen de regtsoorzaak daarvan, zoo als die bij de wet is bedoeld, en uit dien hoofde, in strijd met a. 1371, regtskracht is toegekend aan eene overeenkomst, van de vereischte oorzaak ontdaan;

„O. daaromtrent, dat in de laatst afgeloopen instantie geen geschil is geweest over het al of niet bestaan eener oorzaak in den zin der wet, maar alleen over het ongeoorloofde, dat is, hetzij bij de wet verbodene, hetzij met de goede zeden of de openbare orde strijdige der *in casu* aangenomen oorzaak der overeenkomst;

„O., dat intusschen het voorgestelde *middel* niet is gerigt tegen de verwerping der verwering van ongeoorloofdheid van oorzaak, en dat het dus, als strekkende om eene in de afgeloopen instantie niet geopperde verwering nu in cassatie te doen gelden, niet in aanmerking kan komen;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending der a. 1825 en 1827 B.-W., omdat de regter *a quo* het begrip van spel te beperkt zou hebben opgevat en andere kenmerken daarvan zou hebben gesteld dan de wet;

„O., dat in het onderwerpelijk geding alleen sprake is geweest van een contract, strekkende tot onderlinge verzekering van vergoeding als reiskosten, indien een der contractanten aannemer van het aanbestede werk mogt worden, terwijl het tevens, blijkens de feitelijke beslissing in het bestreden vonnis, vaststaat, dat het niet noodig was dat al de contractanten voor het werk inschreven;

„O., dat die overeenkomst mitsdien was voorwaardelijk, dat is afhankelijk van een toekomstig en onzeker voorval, de aanneming van het werk door een der contractanten, zoodat geen der contractanten tot iets verbonden was zoolang dat onzekere voorval niet had plaats gehad, terwijl daarentegen hij die de voorwaarde vervulde, volgens a. 1289 B.-W. wettig was verbonden;

„O., dat hier mitsdien alleen sprake is van eene voorwaardelijke verbindtenis, niet van eene kansovereenkomst, en veel minder van spel of weddingschap;

„O., dat alzoo mede dit laatste *middel* van cassatie is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen."

No 1610. — Arrest van 28 Junij 1878.

(A. 775 B.-R. jo a. 62 B.-W.)

Heeft zij, wier naam in eene acte van den Burgerlijken stand als die der moeder wordt vermeld, belang bij die acte en kan zij dus uit eigen hoofde de aanvulling of verbetering daarvan vragen? — Ja.

Aan het Hof van Justitie te Curaçao heeft J. P. L. O—pp, naaister, wonende te Curaçao, den 30n Maart 1878, bij verzoekschrift te kennen gegeven:

„dat uit haar te Curaçao zijn geboren twee kinderen, te weten: 1o op 30 Julij 1874 een zoon genaamd Willem George, en 2o op 11 October 1876 eene dochter genaamd Orsonita Florita;

„dat de naam van haar requestre in de geboorte-acten van beiden, van welke acten uittreksels hierbij worden overgelegd, verkeerd is opgegeven, en dat wel in die van haren zoon (1o) als Maria Paulina Louisa O—pp en in die van hare dochter (2o) als Paulina Maria Louisa O—p;

„dat echter haar naam, blijkens het hierbij overgelegde uittreksel (3o) is Johanna Paulina Louisa O—pp;

„dat de vraag of de moeder het regt heeft en bevoegd is de verbetering van de geboorte-acten harer, hoewel niet erkende, kinderen (geboren na de invoering der nieuwe wetgeving) te

verzoeken, zeer zeker toestemmend moet worden beantwoord;

„dat toch het onderzoek, wie moeder van het kind is, toegelaten wordt, en dus de moeder, zelfs voor het geval zij het kind niet wil erkennen, moet worden toegelaten om dit reeds zonder onderzoek te constateren;

„dat verder bij de wetsa. over de aanvulling of verbetering van de acten van den Burgerlijken stand nergens is voorgeschreven, wie daartoe het verzoek moet doen, maar integendeel daaruit schijnt voort te vloeijen, dat belanghebbenden zulks kunnen doen (zie a. 775 B.-R. in verband met a. 62 B.-W.; LÉON, *B.-W.*, aant. 8 op a. 70—73, blz. 33; 2e deel, 2e en 3e afl., 1e ged., 1872);

„dat waar van belang gesproken wordt, dit moet gesteund zijn op de wet, en het niet erkende kind, zoolang de regtsbetrekking met de moeder niet bestaat, niet kan gezegd worden dusdanig belang te hebben;

„dat toch de moeder met opzet haar naam verkeerd kan hebben opgegeven;

„dat, al is het onderzoek naar de moeder geoorloofd, het natuurlijk niet erkend kind, zoolang dat onderzoek niet heeft plaats gehad, geen regt heeft de verbetering van den moedersnaam te vragen, daar de wet toch niet kan gewild hebben, dat bij eenvoudig verzoekschrift tot verbetering dergelijk onderzoek zoude geschieden;

„dat de moeder niet gezegd kan worden in hetzelfde geval te verkeeren, daar zij toch zeker, zoo niet de eenigste, in ieder geval de meest belanghebbende is om de verbetering te vragen;

„dat toch, gelijk *in casu* de moeder wil doen, deze bij magte is ieder oogenblik de regtsbetrekking met haar natuurlijk kind aan te knoopen, en zij zeer zeker het meeste belang er bij heeft alsdan dat daarvan aan- en kantteekening worde gedaan, hetgeen niet kan geschieden, indien de namen in de

geboorte-acte van het kind niet overeenkomen met de ware namen in de acte van erkenning;

„dat verder het kind zelf het verzoek tot verbetering moeijelijk kan doen;

„dat toch de wet niets bepaalt omtrent de vertegenwoordiging van natuurlijke, niet-erkende kinderen;

„dat men wel schijnt aangenomen te hebben, dat dergelijke kinderen onder voogdij staan, doch dit nergens uit de wet is af te leiden;

„dat toch slechts van voogdij sprake kan zijn, wanneer beide of een der ouders *overleden* is, (a. 379, al. 3, B.-W.) en niet wanneer een of beide ouders *ontbreken*, hetgeen plaats heeft indien zij hunne kinderen niet hebben erkend;

„dat ook a. 550 B.-W. niet op die kinderen van toepassing kan zijn;

„dat toch alleen dan een *voogd bij voorraad* over minderjarige kinderen moet worden benoemd, indien dusdanige *onverzorgd* zijn *achtergelaten*, en niet wanneer voor deze wordt gezorgd, al mogen zij niet zijn erkend;

„dat daardoor wel is waar een leemte in de wet schijnt te bestaan, doordat alsdan minderjarige natuurlijke niet-erkende kinderen noch onder de vaderlijke magt noch onder voogdij staan;

„dat echter dergelijke leemten, volgens requestrantes bescheiden oordeel, niet anders dan door de wet alleen kunnen worden aangevuld;

„dat ook a. 359 B.-W. geenszins hier van toepassing kan zijn, daar, waar de moeder haar kind *zonder toedoen* van eenig ander kan erkennen, en ook bij magte is de préliminaire stappen te doen om die erkenning te vergemakkelijken door de verbetering van een verkeerd opgegeven naam te verzoeken, zij niet gezegd kan worden een tegenstrijdig belang met het kind te hebben;

»dat, wat hier ook van zij, a. 355 B.-W. de bepalingen over de vaderlijke magt van toepassing verklaart op natuurlijke erkende en niet op natuurlijke niet-erkende kinderen;

»dat dan ook de moeder niet als voogdes of als moeder in regtskundigen zin alhier optreedt, doch slechts als de natuurlijke moeder, voortbrengster dier kinderen, en zelf belanghebbende;

»dat requestre bereid is de geboorte der genoemde kinderen uit haar te bewijzen, en tevens dat deze dezelfde zijn als in de aangehaalde geboorte-acten vermeld;

»dat zij echter, blijkens hierbij overgelegd bewijs van onvermogen, niet in staat is de kosten te bestrijden;

»Redenen waarom zij zich eerbiedig tot dit Hof wendt, met verzoek dat het den Hove moge behagen de verbetering te bevelen van de geboorte-acten van de kinderen van requestre, hierboven vermeld en overgelegd, in dier voege dat de moedersnaam in die van haren zoon (1°) in plaats van MARIA PAULINA LOUISA O—P en in die van hare dochter (2°) in plaats van MARIA PAULINA LOUISA O—P, zullen worden gelezen JOHANNA PAULINA LOUISA O—PP, en dien ten gevolge te gelasten, dat op den kant der voormelde acten, zoowel in die, welke ter secretarie als in die welke ter griffie van dit Hof berusten, deze verbeteringen zullen worden aangeteekend, met bepaling dat zoowel de ambt. van den Burgerlijken stand als de griffier van dit Hof tot het doen van die aanteekeningen uit kracht van het op dit verzoekschrift te wijzen vonnis zullen kunnen worden gedwongen, met verdere vergunning om alle tot dit verzoekschrift betrekkelijke exploiten kosteloos te mogen laten doen, onder toevoeging van eenen deurwaarder daartoe, indien zulks noodig mogt zijn.»

Op dat verzoekschrift nam het Hof in de kolonie Curaçao 5 April daaraanvolgende eene beschikking, luidende:

»Het Hof van Justitie in de Kolonie Curaçao, (in Raadkamer vergaderd):

„Gezien een request in dato 30 Maart 1878, aan dit Hof gerigt door J. P. L. O—PP, naaister, wonende op Curaçao, bij welk request, op ongezegeld papier geschreven, doch vergezeld van een bewijs van het onvermogen der requestr^e^, ingediend, deze, opgevende de natuurlijke moeder te zijn der minderjarigen WILLEM GEORGE en ORSONITA FLORITA, als zoodanig aan het Hof verzocht de verbetering van hetgeen zij de geboorte-acten dier kinderen noemt, te willen bevelen, in dezen zin, dat de, naar haar beweren, in elke dier acten onjuist vermelde moedersnaam door haren naam J. P. L. O—PP worde vervangen;

„Gezien de bijlagen van het request, en daaronder een certificaat van der requestr^e^ onvermogen, en de twee extracten uit de registers van geboorte van het eiland Curaçao, in het request aangeduid, als de te verbeteren geboorte-acten betreffende;

„Gezien de conclusie van den Proc.-G. bij dit Hof, daartoe strekkende, dat het Hof de requestr^e^ niet-ontvankelijk verklare in haar verzoek;

„O. dat, daar geen der vermelde extracten den naam eens vaders vermeldt, de beide kinderen, wier geboorte zij bestemd zijn te bewijzen, moeten geacht worden natuurlijke kinderen te zijn;

„O. dat die geboorten, blijkens de extracten, hebben plaats gehad na het tijdstip van de invoering der nieuwe wetgeving in de kolonie, volgens welke niet alleen tusschen den vader, maar, in tegenstelling met het vroeger geldende regt, ook tusschen de moeder van een natuurlijk kind en dit laatste eerst door erkenning burgerlijke betrekkingen ontstaan;

„dat de requestr^e^ echter in haar request laat uitkomen, de ten deze bedoelde twee kinderen niet te hebben erkend, en zij derhalve in eene burgerlijke handeling, gelijk haar verzoek ten deze is, niet als moeder dier kinderen optreden kan, en dus

evenmin uit dien hoofde als belanghebbende bij dat verzoek daarin ontvankelijk kan worden genoemd, terwijl zij voorts noch aantoont, noch zelfs beweert, uit anderen hoofde belanghebbende te zijn;

»O. dat, als de moeder niet als zoodanig voor haar natuurlijk niet-erkend minderjarig kind in eene burgerlijke handeling optreden kan, dien ten gevolge niet, zooals de requestr^e bij haar request beweert, vertegenwoordiging voor zulk een minderjarige onmogelijk worden zou, zoolang er geene erkenning heeft plaats gehad, daar toch door a. 474 B.-W. voor die vertegenwoordiging gezorgd wordt;

»Gelet, behalve op gemeld wetsa., nog op de a. 62, 63 en 329 B.-W., op a. 10 der Transitoire bepalingen en op de a. 775 en 818 B.-R.;

»Verklaart de requestr^e niet ontvankelijk in haar bij voormeld request gedaan verzoek;

»Bepaalt dat deze beschikking vrij van zegel en van alle andere kosten aan de requestr^e zal worden uitgereikt.»

Daarop heeft de requestr^e zich 21 Junij 1878 in hooger beroep gewend tot den H.-R. der Ned. bij volgend verzoekschrift:

»Aan den H.-R. d. N.,

»Geeft met eerbied te kennen J. P. L. O—PP, naaister, wonende te Curaçao, vervolgende het hooger beroep ingesteld ter griffie van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao op 17 April jl. van eene beschikking, door voormeld Hof op 5 derzelfde maand gegeven op een door de nu app^e tot dat Hof gerigt verzoekschrift; op welk hooger beroep voor de app^e occupeert de ondergeteekende Mr. M. EYSSELL, proc. bij den H.-R;

»dat de app^e bij bedoeld verzoekschrift, hetwelk was gedagteekend van 30 Mrt. des loopenden jaars, van het Hof verzocht verbetering van twee acten van den Burgerlijken stand, te weten van de acten van geboorte: 1° op 30 Julij 1874 van haren zoon WILLEM GEORGE, en 2° op 11 Oct. 1876 van hare dochter

ORSONITA FLORITA, in beide welke acten de naam der moeder fautief was ter neder geschreven;

"dat het Curaçaosche Hof van Justitie bij bovengemelde beschikking, wegens der app^{e} onvermogen kosteloos uitgegeven, met aanhaling van a. 62, 63, 329 en 414 van het (Curaçaosch) B.-W., a. 1 der Trans. Bepal. en a. 775 en 818 (Curaçaosch) B.-R., de app^{e} heeft verklaard niet-ontvankelijk in haar gedaan verzoek, alleen omdat de genoemde kinderen tot dusverre niet door haar waren erkend in den vorm bij a. 330 van eerstgemeld wetb. voorgeschreven;

"dat de app$_{e}$, zich met die beschikking bezwaard achtende, daarvan hooger beroep heeft ingesteld en dit bij deze vervolgt;

"dat zij dit doet bij verzoekschrift op ongezegeld papier, krachtens de bepaling van a. 872 Nederl. B.-R., uithoofde van het bewijs van haar onvermogen, aan haar op 15 Apr. jl. uitgereikt door haren wijkmeester, gezien door den heer Adv.-G. bij het Hof van Justitie te Curaçao;

"dat zij, wat betreft de redenen, waarom des eersten regters beschikking, naar haar eerbiedig inzien, behoort te worden te niet gedaan en haar verzoek alsnog aan haar toegewezen, de vrijheid neemt zich te gedragen aan het betoog der ontvankelijkheid van haar verzoek, te vinden in het verzoekschrift van eersten aanleg, waarvan haar kosteloos een afschrift is uitgereikt, hetwelk zij, evenals gemeld bewijs van onvermogen en de stukken welke onder 's regters oogen zijn geweest, zich veroorlooft hierbij over te leggen:

"Weshalve de appell^{e}, naar aanleiding van het reeds aangehaalde a. 872 en van a. 10 van het reglement behoorende bij het Kon. besluit van 11 Jan. 1840, *Stbl.* n° 1, gelijk dit is gewijzigd bij a. 2 der wet van 4 April 1869, *St.* n° 36, zich wendt tot de H.-R. d. N., eerbiedig verzoekende en concluderende:

"dat, beschikkende op het invoege voormeld ingestelde en bij deze vervolgde hooger beroep (admissibel krachtens a. 63

van het Curaçaosch B.-R.) zal worden teniet gedaan de beschikking van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao van 5 Apr. 1878, waarvan bij deze is geappelleerd, en, op nieuw regtdoende en doende wat gemeld Hof had behooren te doen, alsnog zal worden toegestaan het verzoek door de appe 30 Maart te voren tot dat Hof gerigt, en mitsdien alsnog zal worden bevolen de verbetering van de geboorte-acten van de beide bovengenoemde kinderen der appelle, in dier voege, dat de moedersnaam in die van haren zoon WILLEM GEORGE (geboren op het eiland Curaçao 30 Julij 1874) in plaats van M. P. L. O—PP, en in die van hare dochter ORSONITA FLORITA (geboren op hetzelfde eiland 11 Oct. 1876) in plaats van P. M. L. O—P, worde gelezen: J. P. L. O—PP, en dientengevolge alsnog zal worden gelast, dat op den kant der gemelde acten, zoowel in die welke ter secretarie, als in die welke ter griffie van het Hof berusten, deze verbeteringen zullen worden aangeteekend, met bepaling dat zoowel de ambt. van den Burgelijken stand als de griffier van dikwijls gemeld Hof tot het doen dier aanteekening uit kracht van 's H.-Rs arr. kosteloos aan de appelle zal worden uitgereikt, en dat alle tot uitvoering daarvan betrekkelijke exploiten kosteloos zullen moeten worden beteekend door den deurwaarder hiertoe door de appelle verzocht, of des noods ten haren verzoeke daartoe door het Hof van Justitie aangewezen."

In deze zaak heeft de Proc.-G. de volgende conclusie overgelegd:

"De Proc.-G. bij den H.-R. der N.;

"Gezien de beschikking van het Hof van Justitie te Curaçao, dd. 5 Apr. 1878, gegeven op het verzoekschrift van J. P. L. O—PP., te Curaçao en waartegen deze op 17 Apr. jl. hooger beroep heeft aangeteekend, alsmede de verdere bijlagen in zijne handen gesteld, bij apostille dd. 22 Junij 1878;

"O., dat de verbetering eener acte van den burgerlijken

stand slechts kan worden gevraagd door de partijen of door hen die bij de acte een wettig belang hebben;

„dat van zoodanig belang der verzoekster *in casu* niet blijkt;

„dat toch de gevraagde verbetering betreft de acten van geboorte van twee als *natuurlijke* ingeschreven kinderen; terwijl uit de overgelegde stukken niet blijkt dat tusschen die kinderen en de verzoekster eenige betrekking zou bestaan;

„dat het Hof mitsdien teregt de verzoekster in haar verzoek zooals het is gedaan, niet-ontvankelijk heeft verklaard;

„Concludeert tot bevestiging der beschikking *a quo*.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

„Gezien vorenstaand verzoekschrift;

„Gelet op de conclusie van den Proc.-G., strekkende tot bevestiging der beschikking *a quo;*

„Gezien de stukken;

„Gezien het bewijs van onvermogen, afgegeven te Curaçao op 15 Apr. 1878;

„O., dat het verzoek van de app^e^ strekt tot verbetering van eene beschikking van het Hof van Justitie te Curaçao, waarbij zij is niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek tot verbetering van de geboorte-acten van twee kinderen: WILLEM GEORGE, geboren 30 Julij 1874, en ORSONITA FLORITA, geboren 17 Oct. 1876; in welke acten de naam der requestr^e^, welke daarin als moeder wordt vermeld, verkeerd is opgegeven;

„O., dat die niet-ontvankelijk-verklaring steunt op de overw., dat de requestr^e^, die gemelde kinderen niet heeft erkend, niet bevoegd zoude zijn om in eene burgerlijke handeling, zooals haar verzoek ten deze, als moeder dier kinderen op te treden, en dus uit dien hoofde niet als belanghebbende bij dit verzoek daarin ontvankelijk zou worden verklaard, terwijl zij voorts noch aantoont, noch zelfs beweert, uit anderen hoofde belanghebbende te zijn;

„O., dat echter die redenering van het Hof is onjuist; dat

toch de requestr[e] bij gemeld verzoekschift niet optreedt als, in hare hoedanigheid van moeder, hare natuurlijke kinderen vertegenwoordigende, waartoe zij zeker vóór de erkenning dier kinderen onbevoegd zoude zijn, maar als uit eigen hoofde belanghebbende bij de geboorte-acten, waarin haar naam als moeder wordt vermeld;

„O., dat zij, wier naam in eene acte van den burgerlijken stand als moeder wordt vermeld, zeer zeker belang heeft bij die acte, en dus als belanghebbende uit eigen hoofde de aanvulling of verbetering daarvan kan vragen;

„O., dat de requestr[e] derhalve in haar verzoek moet worden verklaard ontvankelijk, en de beschikking van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao van 5 Apr. 1878, waarvan is geappelleerd, mitsdien behoort te worden vernietigd;

„O., dat uit het overgelegde geboorte-extract blijkt, dat de requestr[e] genaamd is JOHANNA POULINA LOUISA O—PP, en er dus alle grond bestaat om haar verzoek tot verbetering van de gemelde acten toe te staan;

„Regtdoende in hooger beroep;

„Doet te niet de beschikking van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao van 5 Apr. 1878, waarvan bij deze is geappelleerd;

„En op nieuw regtdoende, en

„Doende wat gemeld Hof had behooren te doen;

„Beveelt de verbetering van de geboorte-acten van de beide bovengenoemde kinderen, in dier voege, dat de moedersnaam in die van WILLEM GEORGE, (geboren op het eiland Curaçao 30 Julij 1874) in plaats van M. P. L. O—PP, en die van ORSONITA FLORITA (geboren op het eiland Curaçao den 11[n] Oct. 1876) in plaats van P. M. L. O—P, worde gelezen: JOHANNA POULINA LOUISA O—PP;

„Gelast dat op den kant der gemelde acten, zoowel in die, welke ter Secretarie, als in die welke ter Griffie van het Hof berusten, deze verbeteringen zullen worden aangeteekend, met

bepaling, dat zoowel de ambtenaar van den burgerlijken stand, als de Griffier van het gemelde Hof tot het doen dezer aanteekening uit kracht van dit arr. zullen kunnen worden gedwongen;

„Bepaalt dat deze beschikking zal zijn kosteloos, vrij van zegel, en dat de grosse daarvan kosteloos aan de requestre zal worden uitgereikt, en dat alle ter uitvoering daarvan betrekkelijke exploiten kosteloos zullen moeten worden beteekend door den deurwaarder, daartoe door de appe verzocht of door het Hof van Justitie aangewezen."

No 1611. — Arrest van 28 Junij 1878.

(A. 200 B.-R.; a. 1905, no 3, B.-W.)

Behoort aan den hoogeren regter, die den lageren regter heeft gedelegeerd om getuigen te hooren en niet aan dien lageren regter zelven de beslissing over de wraking van getuigen in een bij den hoogeren regter aanhangig regtsgeding? — Implicite Ja.

Is de gedelegeerde kntr., waar in eene voor hem gehouden enquête wraking van een getuige wordt voorgesteld, bevoegd partijen te verwijzen naar de openbare teregtzitting van den delegerenden regter, in casu *den H.-R.?* — Ja.

Kunnen ondergeschikte ambtenaren van den Staat in een regtsgeding tegen den Staat als getuigen worden gehoord, wanneer door hen geene adviezen over de litigieuse zaak zijn gegeven, maar hunne werkzaamheid uitsluitend heeft bestaan in het constateren van feiten? — Ja.

Bij arr. van 26 Apr. 1878 had de H.-R., alvorens in deze onteigenings-zaak ten principale te beslissen, den eischer, in strijd met de daartegen voor den Staat aangevoerde gronden, doch, conform de conclusiën van het O.-M. toegelaten acht daadzaken door getuigen te bewijzen. (*) Het verhoor der getuigen werd

(*) De conclusie in deze door den Adv.-G. Smits, namens de Proc.-G., genomen luidde:

„De eischeresse stelt, dat de Staat van zijn auteur voor den aanleg

opgedragen aan den Kntr. te Groningen; in de voor dezen gehouden enquête werd een wraking van getuigen voorgesteld; van daar verwijzing naar den H.-R. ter beslissing.

---

van den Staatsspoorweg van Groningen naar Winschoten eenige perceelen land heeft aangekocht, onder uitdrukkelijke voorwaarde dat de kooper eenige ijzeren duikers zou doen leggen onder den spoorweg tot het daarstellen eener watergemeenschap tusschen de aan den verkooper toebehoorende en ter wederzijden van den spoorweg gelegene gronden, en dat het onderhoud en het schoonhouden van die duikers zou blijven voor rekening van den Staat, dat speciaal een van die duikers niet is in behoorlijken toestand en niet aan zijne bestemming beantwoordt, en dat hij door dien slechten toestand, die reeds eenige jaren heeft geduurd groote schade heeft geleden en nog lijdt, en vordert dientengevolge van den Staat dat deze duiker zal gebragt worden in een voldoenden toestand, en schadevergoeding.

„De Staat erkent de verpligting om de bedoelde duikers te maken en te onderhouden, maar ontkent het gemis aan behoorlijk onderhoud, en dat de eischer daardoor schade lijdt en heeft geleden.

„Dientengevolge heeft de eischer 8 feiten gesteld en aangeboden, die door getuigen te bewijzen, welke betrekking hebben het 1e en 2e op den vroegeren onvoldoenden toestand van den duiker, het 3e en 4e op den overlast, die de landen van den eischer dientengevolge van het water hebben geleden, het 5e, 6e en 7e op de omstandigheid, dat de eischer allerlei pogingen heeft aangewend om zijn land van water te bevrijden, en eindelijk het 8e op den aard en toestand van het land met het oog op de schade, die water daaraan kan toebrengen. De Staat heeft de gestelde feiten niet erkend, maar zich niet tegen het getuigenbewijs verzet en zich ten dien aanzien gerefereerd aan het oordeel van den H.-R.

„Dat die feiten tot de zaak in quaestie niets zouden afdoen, zooals ter loops bij de conclusie van den ged. wordt opgemerkt, kan ik niet toestemmen.

„Mij dunkt, dat, wanneer die bewezen zijn, de grondslag van de vordering van den eischer dat de slechte toestand van den duiker oorzaak is van overlast van water, en dat dit water schade heeft teweeg gebragt en nog brengt, vrij aannemelijk zal worden.

„Bij pleidooi werd de vraag opgeworpen: of een onderzoek van deskundigen of eene geregtelijke plaatsopneming *in casu* niet doelmatiger zou zijn dan een getuigenverhoor? Ik geloof dit niet. Wel is het mogelijk

In deze heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„De eerste vraag, die zich hier voordoet, is deze: of de kntr. teregt de quaestie over de voorgestelde wraking naar de teregtzitting van den H.-R. heeft verwezen, dan of hij zelf daaromtrent eene beslissing had moeten nemen.

„De H.-R. heeft ten deze het getuigenverhoor opgedragen aan den kntr., naar aanleiding van het tweede lid van a. 200 B.-R.; niet naar aanleiding van het 3e lid van dat a., waartoe trouwens geen grond bestond. Ik geloof, dat het niet van belang ontbloot is dit op te merken. In dat *tweede* lid is sprake van eene opdragt aan een *regter-commissaris* of den kntr. van de woonplaats der getuigen, en nu zoude ik in dat geval met Mr. OUDEMAN, *Regtsv.* 3e uitg. I, 242, van oordeel zijn, dat de kntr. in de plaats treedt van den regter-commissaris en diens functien waarneemt, zoodat alsdan ook de voorschriften der wet voor het getuigenverhoor bij een regter-commissaris en niet die voor den kntr. moeten in acht genomen worden, en in geen geval aan den kntr. eene grootere magt mag toegekend worden dan de regter-commissaris dien hij vervangt zou bezitten, en dus de kntr. zich in het onderwerpelijke geval moest gedragen naar het voorschrift van het 1e lid van a. 214 B.-R.

„Anders zoude misschien te oordeelen zijn, indien de opdragt

---

dat men later nog tot een dezer middelen de toevlugt zal moeten nemen om de zaak tot volle klaarheid te brengen, dit is, dunkt, mij zeker, dat men door onderzoek van deskundigen of plaatsopneming alleen niet het gewenschte resultaat zal kunnen bekomen, omdat het onderzoek zich ook moet uitstrekken tot feiten en omstandigheden die oogenblikkelijk niet meer zijn waar te nemen, maar tot de geschiedenis behooren. Over die vroegere toestanden zullen dus in ieder geval getuigen moeten gehoord worden en het is zelfs denkbaar dat enkel door eene enquête de regter in staat zal worden gesteld ten deze te oordeelen.

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot toewijzing van de incidentele vordering, met reserve der kosten tot aan de einduitspraak.”

had plaats gehad ingevolge het 3e lid van a. 200, op welk geval betrekking heeft de verhandeling van S. M. in *Opm. en Med.* VI, 39. Dan toch treedt de kntr. op in plaats van de *arr.-regtb.* en zou er sprake kunnen zijn van de magt van judicature die de kntr. in zich zelf bezit, wanneer hij bepaald optreedt in zijne betrekking van *unicus judex*.

„De kntr. kan echter ook in andere verhoudingen tot de justiciabelen geplaatst worden, ook als representerende den regter-comm. bij het hooren van getuigen, en daar de regter-comm. de magt van judicature *niet* in zich zelf bezit, kan de kntr. die alsdan ook niet hebben. Het argument, door gezegden schrijver ontleend aan de bedoeling van de opdragt, hierin bestaande, dat men de getuigen niet wilde noodzaken zich ver te verwijderen, weegt m. i. niet zwaar. Ik kan toch niet inzien, welke verplaatsing voor *den getuige* noodzakelijk zou worden, doordien niet de kntr. maar het collegie, dat hem delegeerde, beslist over de ten opzigte van dien getuige voorgestelde wraking. Er staat toch wel in a. 108 B.-R. dat de getuige over de wraking wordt gehoord, maar volstrekt *niet* dat dit verhoor moet plaats hebben door den regter, die de wraking beoordeelt. Niets verhindert dat de *judex delegatus* dat doet, en dan constateert wat de getuige heeft opgegeven. Ik acht dit zelfs overeenkomstig de bedoeling van den wetgever, en zoo is het ook *in casu* geschied.

„De jurisprudentie over deze questie is zeer schraal. De kntr. te Maarssen besliste in den door mij voorgestanen zin bij een vonnis van 17 Nov. 1843 (*Rgtgel. Bijbl.* VI, bl. 219); het betrof daar eene opdragt, naar aanleiding van het 2e lid van a. 200. De kntr. te Oostburg in den zin van S. M. bij vonnis van Maart 1851 (*Nieuw Regtsgel. Bijbl.* van 1852, bl. 219), waar het betrof eene opdragt volgens het 3e lid van a. 200. Men zie ook een vonnis van de regtb. te Amsterdam van 10 Aug. 1868 (*Weekbl.* no 3043), waar echter de beslis-

sing grootendeels steunt op gronden van internationaal regt.

„Teregt heeft dus m. i. de verwijzing naar den H.-R. plaats gehad.

„De gewraakte getuige is de heer W. v. A. D. K., volgens het procesverbaal rijksopziener bij de spoorwegdiensten, wonende te Groningen.

„Volgens de conclusie van den incid. eischer zijn de gronden van wraking noch in het proces-verbaal, noch in het vonnis van den kntr. duidelijk en volledig opgegeven. Als zoodanig wordt in die conclusie vermeld: zijdelingsch belang van den getuige bij den uitslag van het geding, en om dit aan te toonen doet men een beroep op drie feiten. Het eerste is dit, dat de getuige bij al de handelingen en gebeurtenissen die dit proces zijn voorafgegaan, en waaruit dit proces is voortgekomen, steeds is geweest de *vertegenwoordiger* van den Staat. Dit feit zou niet weêrsproken zijn.

„Ik merk reeds dadelijk op, dat het vreemd zoude zijn, dat een reeds blijkens zijn titel ondergeschikt beambte als een *opziener*, bij een werk, als waarvan hier gehandeld was, moest beschouwd worden als den Staat te vertegenwoordigen. Wel verre dan ook, dat dit feit niet zou zijn weêrsproken, heeft, blijkens het proces-verbaal, de gewraakte getuige wel toegegeven, dat hij is belast geweest met *het toesigt* op de uitvoering der werken, die aan den duiker zijn geschied, maar er bijgevoegd, dat die uitvoering is gelast door den Ingenieur der Staatsspoorwegen, terwijl namens den Staat toen is aangevoerd, dat de getuige alleen heeft uitgevoerd de bevelen van zijn chef. Moeijelijk kan hij die zulk een ondergeschikte rol bij het werk speelt m. i. als vertegenwoordiger van den Staat zijn te beschouwen. Trouwens volgens de eigen productie van den incid. eischer, de brieven, waarover later, treedt als vertegenwoordiger van den Staat ten deze op, zooals ook natuurlijk is, de Directeur voor de Staatsspoorwegen, de heer MICHAËLIS.

»Het tweede feit is, dat onder opzigt van den getuige de werkzaamheden zijn verrigt, waarmede werd beoogd verbetering in den toestand der duikers te brengen.

»Zooals ik reeds mededeelde, is dit feit erkend. Maar, wanneer men in aanmerking neemt, dat dit werk was gelast door hooger geplaatste ambtenaren, en de getuige daarbij uitvoerde de bevelen van zijn chef, zal men moeten toegeven, dat dit feit weinig of niets beduidt.

»Van meer belang is het laatst gestelde feit, dat door de hoogere autoriteiten, die de grieven en klagten van den eischer over den slechten toestand van de duikers als geheel ongegrond ter zijde legden, steeds zijn afgegaan op het *advies* of de *adviezen* van dezen getuige.

»Ware dit bewezen of aannemelijk gemaakt, dan zoude ik kunnen toestemmen, dat de getuige tegenover den Staat de morele verantwoordelijkheid droeg van dit proces, dat een gunstige uitslag van het geding hem niet alleen hoogst aangenaam zoude moeten zijn, maar dat een ongunstige uitslag minstens op zijne promotie een nadeeligen invloed zou kunnen uitoefenen.

»Het feit zou blijken uit drie door den eischer overgelegde brieven, een van den heer D. K., twee van den heer M.

»De eerste grief bevat niets dan een verzoek van den heer D. K. aan den heer Q. om berigt omtrent eene conferentie eenige dagen te voren gehouden, betrekkelijk de duikers. Uit den aard der zaak m. i. om daaromtrent aan de boven hem gestelde ambtenaren te rapporteren. Van advies of adviezen blijkt in allen gevalle daaruit niet.

»Uit den eersten brief van den heer M. blijkt dat deze aan een ambtenaar, en wel, naar het mij uit den verderen inhoud van den brief voorkomt zeker te zijn, aan den heer D. K. een onderzoek naar de duikers heeft bevolen, en dat deze heeft bevonden, dat het water op 7 Dec. 1876 ten noorden van den

spoorweg, vóór den duiker 0.245 m. hooger was dan aan den zuidkant van den polder.

„Dit waterverschil acht, *niet* de heer D. K., maar de heer M. het praktische bewijs voor de digtheid der duikers. Blijkens den laatsten brief had de heer Q. verlangd, dat het onderzoek der duikers aan een ander deskundige werd opgedragen dan aan den heer D. K., hetgeen door den heer M. wordt geweigerd, o. a. op grond, dat hij geene redenen heeft om aan de integriteit van den heer D. K. te twijfelen, en overtuigd is, dat wanneer hij zich vergist had, hij daarvan berigt zou hebben gegeven.

„Uit deze brieven volgt verder volstrekt niet, dat door den heer D. K. advies of adviezen zijn gegeven, integendeel blijkt daaruit zonneklaar, dat zijne werkzaamheid heeft bestaan in het constateren van een feit, het opnemen van den waterstand, en dat hij van zijne bevinding een verslag of rapport heeft gegeven.

„Kan nu het uitbrengen van eene, zij het ook schriftelijke verklaring omtrent feiten, aanleiding geven tot wraking? Uit de geschiedenis van a. 1950 B.-W. blijkt dat dit bepaaldelijk in strijd is met den wil des wetgevers. A. 283, al. 2, *C. de Proc.* bevat de bepaling, dat als getuige kan gewraakt worden: „celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès."

„In het bekende werk van den heer VOORDUIN, V, bl. 519 vindt men aangeteekend: „Men had in eene afdeeling gevraagd: „of een getuige niet kon worden gewraakt, indien hij eene „schriftelijke verklaring omtrent de zaak, waarover zijn getui-„genis gevraagd wordt, heeft gegeven. Deze verordening van „het Fransche regt, zeide de Regering bij hare antwoorden, „is met opzet weggelaten.

„De schijnbare reden van deze bepaling bestond daarin, dat „iemand, die eene verklaring heeft afgegeven, buiten zijn ge-„heel is gebragt en als getuige voor den regter optredende,

»soms in geene tegenstrijdigheid met het vroeger verklaarde »zoude willen vervallen.

»Doch deze grond is te ver gezocht, daar toch de getuige »den eed bij den regter zal moeten afleggen, en het niet te »vermoeden is, dat hij zich uit eigenliefde of eigenzinnigheid »aan meineed zal schuldig maken. En deze bepaling is dubbel »vreemd in de Fransche wetgeving, aangezien, in criminele en »correctionele gedingen, personen, die bij den regter van in»structie verhoord zijn, naderhand als getuigen kunnen optreden.»

»Ik zou dus niet durven aannemen, dat hier in den zin der wet een zoodanig zijdelingsch belang bestaat dat tot wraking kan aanleiding geven, terwijl bovendien m. i. niet uit het oog mag worden verloren, aan de eene zijde, dat het voor den regter bij het onderzoek naar de waarheid van het hoogste belang is iemand te hooren, die uit den aard van het toezigt, dat hij gehouden heeft, van nabij met de feiten moet bekend zijn, en aan de andere zijde, dat nevens a. 1950 B.-W. ook nog bestaat a. 1945, waarbij aan den regter bij de beoordeeling van de waarde der getuigenis wordt opgedragen, acht te geven o. a. op de beweegredenen, welke de getuigen kunnen hebben gehad om de zaak op deze of gene wijze voor te dragen.

»Indien de voorgestelde wraking wordt verworpen vraagt de incid. gedaagde (de Staat) dat de H.-R. zal bevelen, dat de getuige zal worden gehoord door den H.-R. Waarom ten deze de opdragt aan den kntr. zou moeten ingetrokken worden is mij niet duidelijk. De aanwijzing toch van een anderen regter heeft niet plaats in het belang van de praktizijns, maar van de getuigen, opdat deze zich zoo weinig mogelijk behoeven te verplaatsen. De kntr. te Groningen werd aangewezen, omdat de getuigen woonden in zijn ressort, bepaaldelijk is dit ook het geval met den gewraakten getuige v. A. D. K., zoodat er m. i. geenerlei grond bestaat tot inwilliging van dit verzoek.

»Ik heb de eer te concluderen tot verwerping der voorge-

stelde wraking, met bevel, dat de getuige zal worden gehoord door den kntr. te Groningen, ter diligentie van de meest gereede partij daartoe op te roepen op zoodanigen dag en uur, als door den kntr. op het daartoe in te dienen verzoekschrift zal worden bepaald, en met veroordeeling van den eischer in de kosten op de wraking gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

"O., dat in deze de verwijzing door den kantonregter uitgesproken door partijen niet wordt betwist en ook moet geacht worden in de wet te zijn gegrond;

"O., dat bij gevolg moet worden onderzocht of de gewraakte getuige al of niet zal worden gehoord;

"O., dat het zijdelingsch belang, waarop zich de wraking grondt, berust op de volgende feiten:

"1°. dat de getuige bij alle handelingen, aan het proces voorafgegaan, is geweest de vertegenwoordiger van den Staat;

"2°. dat onder zijn opzigt de werkzaamheden zijn verrigt, waarmede werd beoogd verbetering in den toestand van de duikers;

"3°. dat door de hoogere autoriteiten bij de beoordeeling van de grieven des eischers steeds is afgegaan op het advies van den bedoelden getuige;

"O. op het eerste punt, dat een ondergeschikt persoon als de bedoelde getuige, niet kan geacht worden den Staat te vertegenwoordigen, en dat het in allen gevalle niet blijkt dat hij hier zelfstandig is werkzaam geweest, maar slechts op gezag der hoogere autoriteit heeft gehandeld;

"O. op het tweede punt, dat het feit is erkend, doch dat de getuige hierbij ook slechts heeft uitgevoerd de bevelen der hoogere autoriteit;

"O. op het derde punt, dat noch uit de overgelegde brieven, noch van elders, blijkt dat door den getuige adviezen in de zaak zijn gegeven, maar dat zijne werkzaamheid heeft bestaan

in het constateren van het feit, zijnde het opnemen van den waterstand;

„O., dat mitsdien geen zijdelingsch belang bij den bedoelden getuige in den zin van a. 1950, nº 3, B.-W. aannemelijk is;

„Verwerpt de voorgestelde wraking;

„Beveelt, dat de getuige alsnog zal worden gehoord, en wel door den kantonregter te Groningen, ter diligentie van de meest gereede partij, daartoe op te roepen op zoodanigen dag en uur als door den kantonregter op het daartoe in te dienen verzoekschrift zal worden bepaald;

„Veroordeelt den eischer in de kosten, op de wraking gevallen.”

Nº 1612. — Arrest van 16 Julij 1878.

(A. 147 Gw.; a. 37, 40, 41 Onteigeningswet.)

Zijn deze a. geschonden of verkeerd toegepast door in casu geen schadeloosstelling toe te kennen: a. *wegens schade in het bedrijf der olieslagerij ten gevolge van verplaatsing; en* b. *wegens de kosten van wegvoering van op het onteigend wordende terrein aanwezige roerende goederen?* — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„De cassatie betreft twee beweerde schadeposten, waarvoor de regtb. geen schadeloosstelling heeft toegekend.

„De eerste is: schade in het bedrijf der olieslagerij wegens verplaatsing of stilstand der zaak.

„De tweede: schade wegens de kosten van wegvoeren van op het onteigend wordend terrein aanwezige roerende goederen.

„Nu konde het zijn, dat de regtb. had vermeend geene schadeloosstelling voor het een en ander te moeten toekennen, omdat die schade reeds was begrepen in de waardering van

het onteigende, met het oog op de bestemming daarvan, of doordat door de opgenoemde oorzaken geen bijzondere schade werd veroorzaakt.

„Hiervan blijkt echter niet alleen niets uit het aangevallen vonnis, maar de grond van weigering om schadeloosstelling toe te kennen is, blijkens de uitdrukkelijke vermelding, een geheel andere en wel deze: 1°. dat schadevergoeding in het bedrijf der olieslagerij wegens verplaatsing of stilstand van de zaak, *niet* ligt opgesloten in het begrip van schadeloosstelling bij onteigening en 2°. dat schadevergoeding voor het wegvoeren van goederen valt geheel buiten het begrip van schadevergoeding in cas van onteigening.

„Deze beslissingen nu, waardoor alle verdere beschouwingen omtrent het al of niet ontstaan van schade door de genoemde oorzaken, worden afgesneden, zijn m. i. in strijd met den zin en strekking van a. 40 der Onteigeningswet van 28 Aug. 1851, zooals die steeds door den H.-R. zijn erkend en wel, dat iedere schade, die een onmiddellijk gevolg is van de onteigening zelve, aan den eigenaar moet worden vergoed; zij zijn ook in strijd met de jurisprudentie van den H.-R. bepaaldelijk omtrent schadeposten als de onderwerpelijke.

„Men zie o. a. de arrn van 15 Junij 1868 (v. d. Hon. *B.-R.* XXXII, 445; *N. Rspr.* LXXXIX, 172), 27 Maart 1871 (v. d. Hon. *B.-R.* XXXV, 588; *N. Rspr.* XCVII, 242), 31 Jan. 1877 (v. d. Hon. *B.-R.* XLII, 68; *N. Rspr.* CXV, 102).

„Volgens die arrn vallen de kosten wegens verplaatsing van eene affaire, stilstand van een bedrijf, verhuring en dus ook wegvoering uit het onteigende perceel van roerende goederen, volstrekt niet buiten het begrip van schadevergoeding bij onteigening.

„De bij het *middel* vermelde a. zijn dus door de regtb. geschonden en verkeerd toegepast.

„Conclusie tot vernietiging van het bekl. vonnis, en terugwijzing der zaak naar de regtb. te Dordrecht, ten einde, met inachtneming van 's H.-R' te wijzen arr. verder te worden behandeld en beslist, met veroordeeling van den verw. in de kosten van cassatie.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 147 Grw. en van de a. 37, 40 en 41 der O.-w., omdat geene schadeloosstelling zou zijn toegekend *a.* wegens schade in het bedrijf der olieslagerij wegens verplaatsing of stilstand der zaak, *b.* wegens de kosten van wegvoering van op het onteigend wordende terrein aanwezige roerende goederen;

„O., dat in het beklaagde vonnis, na ingewonnen verslag van deskundigen, wegens onteigening ten algemeenen nutte van een oliemolen met huis, tuin, tuinhuis en boomgaard, gelegen onder Dubbeldam, sectie H, n° 548, 549, 550 en 606, en een gedeelte van het weiland en boschhakhout aldaar, sectie H, n° 551, 552, 602, 603, 604, 605 en 601, ter grootte van 1 hectare, 2 aren, 78 centiaren, en wegens waardevermindering van de overgebleven gedeelten der perceelen 601, 602, 603 en 604 eene gezamenlijk som van *f* 30,633 aan den eischer is toegewezen; doch daarbij is afgewezen zijne vordering voor de overige posten, die door de deskundigen in hun verslag waren opgenomen, en daaronder de post van *f* 4000 voor vergoeding der schade in het bedrijf der olieslagerij wegens verplaatsing of stilstand der zaak, op grond, dat „dit niet ligt opgesloten in het begrip der schadeloosstelling bij onteigening,” alsmede de post van *f* 200 voor het wegvoeren van goederen, op het onteigende terrein geborgen, door de regtb. aangemerkt „als geheel vallende buiten het begrip van schadevergoeding „in cas van onteigening;”

„O. dat, volgens a. 147 Grw., niemand van zijn eigendom

kan worden ontzet dan ten algemeenen nutte en tegen voorafgaande schadeloosstelling, en dat, ofschoon in dit a. niet, zooals in a. 164 Grw. van a. 1815 en a. 162 Grw. van 1840, het vereischte van schadeloosstelling nader wordt omschreven door het woord »behoorlijke,« dat in 1848 voor het woord »voorafgaande« heeft plaats gemaakt, het niettemin aan geen twijfel onderhevig kan zijn, dat de schadeloosstelling, ook volgens de geldende Grw., moet zijn behoorlijk, niet alleen wat den tijd der betaling betreft, wat daarin nu door het woord »voorafgaande« is uitgedrukt, maar evenzeer wat aangaat den omvang en de hoegrootheid der vergoeding;

»O. toch, dat het niet alleen in den aard der zaak ligt, dat dáár, waar het privaat eigendomsregt moet wijken voor het publiek belang, de eigenaar aanspraak heeft op eene behoorlijke en dus volledige vergoeding van alle schade, die hij door of ten gevolge van het verlies van zijn regt lijdt, maar dat dit ook is in overeenstemming met den woordelijken inhoud van het grondwettig voorschrift dat, door het regt op schadeloosstelling ter zake van onteigening zonder eenige beperking te erkennen, dit ook in den meest ruimen zin geeft;

»O. mitsdien, dat de schadeloosstelling, volgens a. 37 O.-w. door den regter aan den eigenaar toe te kennen, niet alleen ter voldoening aan a. 40 moet omvatten de werkelijke waarde, die het onteigend goed voor dezen heeft en die hij alzoo regtstreeks door het feit der onteigening verliest, maar evenzeer, welk beginsel ook aan a. 41 ten grondslag ligt, alle verdere schade, die hij als noodzakelijk gevolg der onteigening lijdt;

»O., dat nu in het onderwerpelijk geding onder de noodzakelijke gevolgen der onteigening van den molen en hetgeen daartoe behoort in rekening moet komen de schade, die de eischer mogt blijken te lijden, zoowel door de verplaatsing en den daardoor veroorzaakten tijdelijken stilstand van de in het

onteigend goed uitgeoefende zaak, als door het wegvoeren van op dat goed zich bevindende roerende goederen;

»O. alzoo, dat de regter, door niet te treden in een onderzoek naar het bewezen zijn en het juiste bedrag der twee bij het *cassatie-middel* vermelde en in het berigt der deskundigen opgenomen schadeposten, a. 147 Grw. in verband met a. 37 O.-w. heeft geschonden, en dat derhalve het *middel* is gegrond;

»Vernietigt het vonnis 15 Junij 1878 door de arr.-regtb. te Dordrecht tusschen partijen gewezen;

»Wijst de zaak terug naar voormelde regtb. om, met inachtneming van 's Raads arr., verder te worden behandeld en beslist;

»Veroordeelt den verw. in de kosten, in cassatie gevallen.»

N° 1618. — Arrest van 1 Nov. 1878.

(KOLONIAAL APPEL.)

Geldt vooralsnog het bepaalde bij a. 254 *B.-R. voor de kolonie Curaçao niet, zoodat de bevoegdheid om in hooger beroep te komen moet worden beoordeeld naar het bij de wet van* 1869 *gehandhaafd en weder voor Curaçao geldend verklaard Reglement van* 1840? — JA.

Is, volgens a. 1 *van dat reglement hooger beroep bij den H.-R. alleen toegelaten in zaken, welker onderwerp de geldswaarde van f* 1000, *interessen en proceskosten daaronder niet gerekend, te boven gaat?* — JA.

Heeft het woord: »zaken» in a. 1 *van het Reglement van* 1840 *de beteekenis van »gedingen»?* — JA.

Is het een algemeen geldend regtsbeginsel, dat bij gebreke van wettelijke bepaling, eene zaak vatbaar is voor hooger beroep indien het beloop van den eisch in conventie gevoegd bij dien in reconventie, te boven gaat de regtsmagt van den regter om in het hoogste ressort regt te spreken, of moet de beroepbaarheid dan worden beoordeeld naar het beloop van den eisch in conventie en in reconventie ieder afzonderlijk? — IN LAATSTGEMELDEN ZIN BESLIST.

Heeft er splitsing van bekentenis plaats, wanneer de regter aanneemt de bekentenis van plaats gehad hebbende geldleening, zonder acht te slaan op de bijvoeging van algeheele terugbetaling? — NIET BESLIST.

Tot deze zaak gaf aanleiding het navolgende vonnis van het Geregtshof op Curaçao van 15 junij 1877:

"Gehoord partijen in hare conclusien en pleidooijen;

"Gezien de stukken door partijen overgelegd;

"O. ten aanzien der daadzaken:

"dat de eischer in conventie, na voorafgegane insinuatie, bij exploit van den deurwaarder W. H. H. dd. 12 Febr. 1877 den ged. in conventie heeft gedagvaard om ter teregtzitting van dit Hof op 23 Febr. d. a. v. te verschijnen, ten einde, aangezien de firma J. A. J. EN ZN. aan den gedaagde op verschillende tijden heeft verkocht en geleverd goederen en wissels en geldsommen heeft voorgeschoten ten gezamenlijken bedrage van *f* 22,311.42; aangezien de gedaagde daarop heeft betaald eene som van *f* 21,429.98; aangezien de gedaagde aldus aan den eischer verschuldigd is eene som van *f* 881,44, welke hij echter nalatig blijft te voldoen, hoewel daartoe behoorlijk aangemaand, zich bij vonnis van dit Hof te hooren veroordeelen om den eischer tegen behoorlijke quitantie te voldoen de laatstgemelde som, als saldo van het door den gedaagde aan de firma J. A. J. EN ZN. verschuldigde voor aan den ged. door genoemde firma verkochte en geleverde goederen en voorgeschotene geldsommen, benevens de wettelijke interesten van af den dag der dagvaarding, met verdere veroordeeling van den gedaagde in de kosten van het regtsgeding;

"dat bij praktizijns-akte op 22 Febr. 1877 aan den praktizijn des eischers in conventie beteekend, J. G. M. zich praktizijn gesteld heeft voor den gedaagde in conventie;

"dat ten dienende regtsdage ter teregtzitting van dit Hof voor den eischer in conventie is geconcludeerd overeenkomstig voormelde dagvaarding;

"dat ter teregtzitting op 23 Maart daaraanvolgende voor den ged. in conventie door diens praktizijn op de vordering is geantwoord en vervolgens geconcludeerd, dat het den Hove moge

moge behagen den eischer in conventie zijne vordering te ontzeggen; hebbende de ged. in conventie daarbij tevens, eisch doende in reconventie, geconcludeerd; dat het den Hove moge behagen den eischer in conventie: na ged. in reconventie, te veroordeelen om aan den ged. in conventie, nu eischer in reconventie te betalen de som van *f* 1736, met de interesten daarvan volgens de wet sedert den dag van het nemen der conclusie tot en met de voldoening toe; voorts den eischer in conventie en ged. in reconventie te verwijzen in de kosten van den processe, zoo in conventie als in reconventie gevallen; zijnde bij deze conclusie tot staving der beweringen van den ged. in conventie en eischer in reconventie aan de wederpartij overgelegd, enz. (stukken gemerkt A tot en met I.)

„dat ter teregtzitting op 13 Apr. daaraanvolgende voor den eischer in conventie en ged. in reconventie door diens praktizijn is gerepliceerd voor wat de conventie betreft en geantwoord op den eisch in reconventie; strekkende de conclusie tot volharding bij de voor den eischer in conventie reeds genomene conclusie, en, voor wat den eisch in reconventie aangaat, dat het den Hove moge behagen den eischer in reconventie zijn tegen den oorspronkelijken eischer, gedaagde in reconventie, gedanen eisch en conclusie te ontzeggen, met veroordeeling in de kosten; en subsidiair, voor het geval dat de oorspronkelijke ged. de ten deze gestelde daadzaken mogt ontkennen, dat die ged. worde gehoord ter zake van de navolgende vraagpunten:

„1o dat hij, oorspronkelijke ged., het saldo in zijn nadeel van *f* 881.44 heeft erkend;

„2o dat hij is de schrijver van het gedrukte stuk, in de conclusie aangeduid met nº 2;

„3o dat hij in 1868 zijne rekening-courant, boven aangeduid met letter C heeft ontvangen, sluitende met een nadeelig saldo, zonder dat door hem aanmerking was gemaakt, dat er 50 dubloenen aan zijn credit ontbraken;

„4° dat hij sedert 1868 nooit aanmerking noch melding heeft gemaakt, dat hem nog 50 dubloenen verschuldigd waren;

„5° dat hij sedert 1866 verschillende sommen aan den oorspronkelijken eischer heeft betaald, zonder melding te maken der 50 dubloenen;

„6° dat hij aan den oorspronkelijken eischer in 1870 een som gelds ter leen heeft gevraagd, dat deze weigerde, en dat hij, oorspronkelijke ged., niets sprak van de 50 dubloenen;

„7° dat hij in 1873 op bevel der regering is uitgezet, en hij niet vroeg naar de 50 dubloenen;

„8° dat D. DE L. hem de dubloenen oogenblikkelijk zou hebben beloofd in 1866;

„9° dat hij wist, dat D. DE L. in 1870 het eiland ging verlaten;

„10° dat hij toen ook niet vroeg naar de 50 dubloenen; hebbende de oorspronkelijke eischer bij deze conclusie tot staving zijner beweringen zich beroepen op de door de wederpartij overgelegde stukken en voorts tot bewijs nog overgelegd enz. (stukken gequoteerd n^s 1—7);

„dat daarna ter teregtzitting op 27 Apr. 1877 voor den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie door diens praktizijn, in conventie is gedupliceerd en in reconventie gerepliceerd, luidende de conclusie ten slotte, dat het den Hove moge behagen de conclusie van den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie toe te wijzen; en met betrekking tot de door den oorspronkelijken eischer en ged. in reconventie genomen subsidiaire conclusie, dat het den Hove moge behagen den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie acte te verleenen, dat hij zich tegen de toewijzing daarvan niet verzet, en bij toewijzing de kosten daarvan te reserveren;

„dat in laatstvermelde teregtzitting aan den praktizijn van den oorspronkelijken eischer en ged. in reconventie werd ver-

leend de door hem toen verzochte acte van de verklaring, dat hij van dupliek in reconventie afzag;

„dat eindelijk in de teregtzitting op 18 Mei daaraanvolgende voor partijen is gepleit.”

„Ten aanzien van het regt:

„O. dat, volgens de conclusiën en pleidooijen, tusschen partijen het navolgende blijkt vast te staan:

„*a.* dat tusschen haar een rekening-courant heeft bestaan;

„*b.* dat de door den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie ten processe overgelegde stukken, boven sub *A* tot en met *I* vermeld, afkomstig zijn van den oorspronkelijken eischer en ged. in reconventie;

„*c.* dat de stukken *A*, *B*, *C*, en *D* dezelfde zaak betreffen als stuk *I*;

„*d.* dat het in stuk *D* vermelde saldo door den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie aan de wederpartij is betaald;

„*e.* dat in het stuk *I* eene misrekening heeft plaats gehad van *f* 1, die ten faveure van den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie behoort te komen;

„*f.* dat het door den oorspronkelijken eischer van den oorspronkelijken ged. gevorderde bedrag is het saldo, vermeld in stuk *I*, en dat dit bedrag is de som van 1° *f* 399.44, het saldo vermeld in stuk *C*; 2° *f* 168, zijnde de som van drie posten in stuk *I* aan de debetzijde vermeld, als 23 Febr. 1871 vijf blikken verf en vijf olie te zamen *f* 85, 5 Junij 1871 een blik olie *f* 8 en 14 Julij 1873 vracht aan verschillende goederen en meubels *f* 75, en 3° *f* 315, zijnde de som van drie posten in stuk *I* aan de debetzijde vermeld, als 30 Julij 1872 een half dozijn wollen hemden *f* 35, 30 Sept. 1872 geleend papieren geld *f* 30 en wissels op Engeland met agio *f* 250, welke drie bedragen van *f* 399.44; *f* 168 en *f* 315 te zamen geteld, na aftrek van den sub *e* vermelden gulden opleveren het door den oorspronkelijken eischer gevorderde bedrag van *f* 881.44;

„*g*. dat de in stuk *E* vermelde dubloenen zijn die, welke in stuk *I* zijn aangeteekend aan de creditzijde als door den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie op 26 Nov. 1865 aan de wederpartij geleend en aan de debetzijde als terug betaald met interesten à ½ percent 's maands op 26 Mrt. 1866;

„*h*. dat die dubloenen behooren berekend te worden tegen eene waarde van *f* 41 per stuk;

„O., dat blijkens de conclusiën en pleidooijen de partijen het met elkander oneens zijn ten aanzien van het tijdstip, waarop de tusschen partijen bestaan hebbende rekening-courant heeft opgehouden te loopen, ten aanzien van de verschuldigdheid door den oorspronkelijken ged. aan den oorspronkelijken eischer van de bovenvermelde bedragen van *f* 399.44 en *f* 168 en ten aanzien van de terugbetaling door den laatste aan den eerste van 50 der straks vermelde dubloenen;

„O., dat de oorspronkelijke ged. en eischer in reconventie ten dezen aanzien heeft beweerd: dat hij het voormelde saldo groot *f* 399.44 heeft betaald; dat de tusschen hem en zijne wederpartij bestaan hebbende rekening-courant in stuk *D* afgesloten is geworden en zij toen met elkander voor goed hebben afgerekend; dat sedert geene rekening-courant meer tusschen partijen heeft bestaan en alleen de oorspronkelijke eischer aan hem oorspronkelijke ged. nog successivelijk de bovenvermelde zaken ten bedrage van *f* 315 heeft geleverd, welke som hij derhalve alsnog aan den oorspronkelijken eischer en ged. in reconventie zou schuldig zijn, indien die schuld niet door compensatie zou zijn te niet gegaan, daar hij oorspronkelijke ged. en eischer in reconventie, aan zijne wederpartij de in stuk *E* bedoelde 180 dubloenen, zonder beding van interesten en buiten de toen nog tusschen partijen bestaande rekening-courant om, hebbende geleend, van die dubloenen slechts 130 heeft terug ontvangen; dat de oorspronkelijke eischer en ged. in reconventie alzoo van de overige 50 dubloenen berekend

tegen *ƒ* 41 per stuk, na aftrek der bedoelde *ƒ* 315, nog aan hem, oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie, *ƒ* 1736 is schuldig gebleven, daar hij, oorspronkelijke ged. en eischer in reconventie, ontkent de in stuk *I* voorkomende en bovenvermelde zaken ten bedrage van *ƒ* 168 aan den oorspronkelijken eischer en ged. in reconventie schuldig te zijn;

„O., dat de laatstgenoemde ten aanzien van hetgeen, waaromtrent partijen het oneens zijn, heeft beweerd: dat de tusschen partijen bestaan hebbende rekening-courant in stuk *D* niet voor goed is afgesloten geworden, maar heeft doorgeloopen en stuk *I* daarvan den laatsten stand aanwijst; dat stuk *D* bevat slechts eenige posten, die voor rekening van S. EN Co. waren genomen en die de oorspronkelijke ged. afzonderlijk wenschte te voldoen; dat de geleende 180 dubloenen, zoo als in stuk *I* vermeld wordt, met de interesten geheel aan den oorspronkelijken ged. en eischer in reconventie zijn terugbetaald;

„O., nu wat den eisch in conventie betreft:

„dat tusschen partijen, die erkennen dat er tusschen haar eene rekening-courant heeft bestaan, eene overeenkomst is gesloten geweest tot wederkeerige crediet-verleening;

„dat, naar 's Hofs oordeel, het gevolg van zoodanige overeenkomst is, dat indien het saldo der rekening-courant is erkend of daarin is berust, zoodat het voor erkend mag worden gehouden, degeen, ten wiens laste het saldo luidt, daardoor verbonden is en op hem die het saldo in regten vordert, niet de bewijslast rust van de juistheid van dat saldo;

„dat *in casu* door den eischer in conventie wordt beweerd, dat de erkenning of berusting van den ged. in conventie, voor wat betreft de juistheid van het gevorderde saldo, ligt opgesloten in de vijf eerste der door den eerstgenoemde overgelegde en boven onder n° 1, n° 2, n° 3, n° 4 en n° 5 vermelde stukken, en dat die erkenning bovendien ook door den ged. in conventie is geschied tegenover de arbiters, aan wien de

beslechting der tusschen partijen bestaande geschillen zoude worden opgedragen;

„dat deze beweringen echter bepaaldelijk worden tegengesproken door den ged. in conventie, die zoowel erkenning als berusting ten stelligste ontkent;

„dat ook het Hof geene erkenning of berusting, zooals door den eischer in conventie bedoeld wordt, in de gemelde stukken heeft gevonden, doch daarin zelfs veeleer eene tegenspraak door den ged. in conventie omtrent de juistheid van het bedoelde saldo ziet;

„dat de eischer in conventie, voor het geval van ontkenning, subsidiair heeft geconcludeerd, dat de ged. in conventie zou worden gehoord op de vraagpunten bovenvermeld en blijkbaar voor het geval van ontkenning der straks vermelde erkentenis tegenover arbiters, op het eerste dier vraagpunten;

„dat, naar 's Hofs oordeel, het evenwel niet de bedoeling der wet kan zijn, dat eene partij kan worden gehoord omtrent het al of niet waar zijn van een feit, dat zij reeds pertinent heeft ontkend, daar het toch niet te verwachten is, dat zij, na reeds ten processe bij conclusie door middel van haren vertegenwoordiger in regten, een feit te hebben ontkend, bij het verhoor later in persoon datzelfde feit zal erkennen;

„dat het Hof alzoo het eerste der voormelde vraagpunten niet ter zake dienende acht;

„dat het tweede der voormelde vraagpunten strekt om den gedaagde in conventie te doen erkennen of ontkennen, dat hij is de schrijver van het sub n° 2 door den eischer in conventie overgelegd stuk, hetwelk de eischer in conventie beweert dat met andere stukken ten bewijze strekt van de erkenning of berusting van den ged. in conventie ten aanzien van het gevorderde saldo;

„dat, aangezien door het Hof reeds is aangenomen, dat de bedoelde erkenning of berusting in het gemelde stuk niet wordt

gevonden, eene erkenning van den ged. in conventie, dat hij van dat stuk de schrijver is, niets zal afdoen, en het vraagpunt daaromtrent gesteld, dus als niet ter zake dienende geacht wordt te zijn;

„dat, nu niet gebleken is van erkenning of berusting door den ged. in conventie ten aanzien van de juistheid van het gevorderde saldo, de bewijslast van die juistheid op den eischer in conventie rust;

„dat hij bij zijne conclusie van repliek en antwoord dit bewijs geleverd acht, voor wat betreft de door den ged. in conventie erkende *f* 315 door die erkentenis, en voor wat betreft het saldo van *f* 399.44 dat de ged. in conventie zegt reeds te hebben betaald, door den inhoud van de sub nº 2, nº 3 en nº 4 overgelegde stukken, terwijl hij, voor wat betreft het bedrag van *f* 168 het bewijs aanbiedt te leveren door zijne koopmansboeken en bevestiging onder eede overeenkomstig a. 1901 B.-W.;

„dat echter het Hof noch in de sub nº 2, nº 3 en nº 4 overgelegde stukken, noch ook in de overigen, ten processe voorhanden, het bewijs heeft kunnen vinden, dat de ged. in conventie het saldo van *f* 399.44 alsnog verschuldigd is, en dat het Hof ten aanzien van het bedrag van *f* 168 oordeelt het aangeboden bewijs niet te kunnen toelaten, daar dit hier slechts te pas zou kunnen komen ten aanzien van de hoedanigheid en de hoeveelheid der leverantien, indien deze laatste van elders bewezen waren, hetgeen *in casu* niet het geval is;

„dat alzoo door het door den eischer in conventie geproduceerde het bewijs voor zijne vordering niet geleverd is of geleverd kan worden;

„O. wat betreft den eisch in reconventie:

„dat de eischer in reconventie de door hem bedoelde leening ten processe bewezen acht door de overlegging van het boven sub *E* vermelde ontvangbewijs in verband met de vermelding

der leening in het mede door hem overgelegde en boven sub *I* vermelde stuk, en dat de eischer in reconventie daardoor ook, nu hij zegt van dat geleende geld 130 dubloenen terug ontvangen te hebben, meent bewezen te hebben de door hem gedane vordering in reconventie;

"dat de ged. in reconventie, erkennende de bedoelde leening doch bewerende het gansche bedrag terug betaald te hebben, zelfs met interesten, voorop gesteld heeft, dat de door hem gedane erkentenis niet ten zijnen nadeele kan worden gesplitst; zijnde voorts door hem beweerd, dat de eischer in reconventie zijne vordering niet heeft bewezen, daar toch het sub *E* vermelde stuk geen bewijs is en dat stuk niet in verband mag beschouwd worden met de creditzijde van stuk *I*, waarvan evenmin als bij onsplitsbare bekentenis, de debetzijde niet behoort te worden gescheiden; meenende de ged. in reconventie daarenboven het bewijs voor de voldoening der geleende som te hebben geleverd door de navolgende door hem geformuleerde feiten en omstandigheden: *a.* dat de eischer in reconventie zelf beweert, dat in 1872 de bestaande rekening-courant zoude zijn afgesloten en vereffend; *b.* dat de eischer in reconventie in zijn brief overgelegd onder no 1 beweert, dat om eene rekening courant te behouden, hij 50 dubloenen tot zijn credit had laten staan; *c.* dat de eischer in reconventie in 1868 bij ontvangst van stuk *C* geenszins aanmerking maakte, dat deze 50 dubloenen niet op zijn credit voorkwamen, noch later, *d.* dat de eischer in reconventie sedert 1866 verschillende sommen aan den ged. in reconventie heeft betaald, zonder ooit te verzoeken, het verschuldigde van de 50 dubloenen af te trekken, *e.* dat de eischer in reconventie ongeveer het jaar 1870 aan den ged. in reconventie eene som gelds ter leen heeft gevraagd en op diens weigering geenszins hem heeft verzocht dan toch die 50 dubloenen te voldoen, *f.* dat de eischer in reconventie in het jaar 1873, toen hij op bevel der regering het eiland werd

uitgezet, geenszins gevraagd heeft om de hem verschuldigde dubloenen te voldoen, een tijdstip toch zeer geëigend tot afrekening; *g.* dat later ongeveer in hetzelfde jaar voor passagegelden door den eischer in reconventie aan den ged. in reconventie *f* 205 is betaald, dat toch overbodig zou zijn, ware de laatste aan den eerste iets schuldig; *h.* dat dan ook, zoo als blijkt uit stuk nº 5, de eischer in reconventie in 1866 het door hem geleende geld oogenblikkelijk zoude ontvangen en hij, niettegenstaande dit niet geschiedde, gedurende zoovele jaren nooit eenige reclame maakte; *i.* dat toch de in stuk nº 5 voorkomende bewering als zoude de heer D. A. DE L. de 50 dubloenen op 26 Maart 1866 gebruikt hebben om aan A. of B. te betalen onjuist is, daar toch uit stuk nº 6 blijkt, dat DE L. reeds vroeger de 180 dubloenen gereed had en op dien dag na afbetaling nog een groot batig saldo aanwezig was; tot staving van welke feiten en omstandigheden blijkbaar het verhoor van den eischer in reconventie op de bovenvermelde vraagpunten 3 tot en met 10 moet dienen;

„dat, naar 's Hofs oordeel, eene beantwoording dezer vraagpunten, zelfs indien daardoor sommigen der voormelde en daarmede in verband staande feiten en omstandigheden werden erkend, niets zou afdoen tot beantwoording der vraag of de ged. in reconventie den eischer in reconventie al of niet de gevorderde som verschuldigd is, daar die verschuldigdheid zeer wel met eene bevestigende beantwoording der bedoelde vraagpunten zal kunnen zamengaan; dat dientengevolge ook die vraagpunten door het Hof geacht worden niet ter zake dienende te zijn;

„dat voorts de bewering, boven sub *b* vermeld, in den brief, onder nº 1 overgelegd, niet te lezen staat en dat de bewering van den eischer in reconventie sub *a* vermeld en de omstandigheden, sub *c* en *d* vermeld, in overeenstemming zijn met de bewering van dien eischer, dat hij de 180 dubloenen

aan den ged. in reconventie op 27 Nov. 1865 geleend had, buiten de tusschen hem toen bestaande rekening-courant om, welke bewering bij de inzage van het stuk *c* de waarschijnlijkheid voor zich krijgt, daar in dat stuk de tusschen partijen plaats gehad hebbende wederzijdsche credietverleeningen van 26 Sept. 1865 tot Dec. 1868 staan aangeteekend en geenerlei melding van de 180 dubloenen wordt gemaakt;

„dat dan ook eene leening, zooals de eischer in reconventie beweert dat in deze heeft plaats gehad, namelijk buiten den band der rekening-courant, die tijdens de leening tusschen de partijen loopende was, zeer wel bestaanbaar te achten is;

„dat de ged. in reconventie mitsdien het bewijs voor de voldoening der geleende dubloenen in geenen deele geleverd heeft;

„dat het bewijs voor de bedoelde leening, dat, volgens den eischer in reconventie, geleverd is onafhankelijk van het aveu van den ged. in reconventie en wel door stuk *E* in verband met stuk *I*, dat dit bewijs, nu de ged. in reconventie beweert het geleende te hebben terugbetaald, door die stukken niet geacht kan worden volledig te zijn geleverd, daar in het stuk *E* de ontvangst der 180 dubloenen niet is erkend door den ged. in reconventie, doch per order van J. A. J. en Zn. door D. L. L. die dubloenen worden gezegd ontvangen te zijn niet van den eischer in reconventie, maar van J. A. te S. L.;

„dat evenwel de regter, ten gevolge van het door den eischer in reconventie geproduceerde, de bedoelde leeningen, dientengevolge ook de vordering in reconventie niet geheel van bewijs ontbloot acht, zoodat, nu uit het door den ged. in reconventie geproduceerde de beweerde terugbetaling niet blijkt of niet blijken zal, ambtshalve de suppletoire eed kan worden opgelegd om daarvan de beslissing der zaak te doen afhangen;

„dat de regter, naar aanleiding van het vooraf overwogene, in deze termen vindt den bedoelden eed aan den eischer in reconventie op te leggen;

„O. dat indien door den suppletoiren eed het bewijs wordt volledig gemaakt, dat de ged. in reconventie aan den eischer in reconventie slechts 130 van door den laatste aan den eerste geleende 180 dubloenen heeft terugbetaald, tusschen de 50 dubloenen, die de eerste aan den laatste nog zou zijn schuldig gebleven en de som van *f* 315, die de eischer in reconventie aan zijne tegenpartij erkend heeft schuldig te zijn, van regtswege compensatie is ontstaan, waardoor de laatstvermelde schuld is te niet gegaan, zoodat dus in dat geval de vordering in conventie, daar deze voor het overige eensdeels niet is bewezen en anderdeels door het aangeboden bewijs niet bewezen kan worden, behoort te worden ontzegd, terwijl indien het bewijs van het schuldig blijven der 50 dubloenen niet volledig wordt, als straks is gezegd, de vordering in reconventie zal behooren te worden afgewezen en de vordering in conventie gedeeltelijk en wel voor wat de reeds gemelde *f* 315 betreft, zal behooren te worden toegewezen; zullende alsdan, daar partijen over en weder op eenige punten in het ongelijk worden gesteld voor wat de vordering in conventie betreft, de kosten der conventie behooren te worden gecompenseerd;

„O., dat in de reconventionele vordering blijkbaar eene vergissing is begaan, daar 50 dubloenen, berekend tegen *f* 41 per stuk na aftrek van *f* 315 niet uitmaken het bedrag *f* 1736 doch slechts van *f* 1735;

„Gezien behalve het aangehaalde wetsa. nog de a. 1959, 1960, 1442, 1443, 1444, B.-W., zoomede de a. 238 en 239 in verband met a. 142 B.-R., en eindelijk nog a. 58 van laatstvermeld Wetb.

„Verleent aan den eischer in reconventie acte, waarvan acte is gevraagd;

„Passeert het door den eischer in conventie aangeboden bewijs;

„Wijst het verzoek van den ged. in reconventie tot het

verhoor van den eischer in reconventie op bovenvermelde vraagpunten, als zijnde deze niet ter zake dienende geoordeeld, van de hand;

„Legt aan den eischer in reconventie op te zweren den navolgenden suppletoiren eed:

„Ik zweer dat ik op 27 Nov. 1865 aan den ged. in recon„ventie heb geleend 180 stuks columbiaansche dubloenen en „daarvan slechts 130 stuks heb terugontvangen."

Van dit vonnis appel bij den H.-R. Bij het daartoe strekkend verzoekschrift gaf de appell. A. J. J., koopman, wonende te Curaçao, eenig overgebleven lid van, en alsnu handelende onder de firma J. A. J. EN ZN, gevestigd te Curaçao, (comparerende bij Mr. MARTINUS EIJSSEL, zijn procureur) te kennen:

„dat de app^e^ bij deze schriftuur zullende ontwikkelen zijne bezwaren bij de uitspraak des eersten regters, ten aanzien van de tusschen partijen gevoerde procedures en verschillende beweringen in eersten aanleg, zich gedraagt aan het omstandig verhaal daaromtrent in het vonnis *a quo* voorkomende, en dus dadelijk kan overgaan tot het betoog van het *male judicatum*.

„Des app^s^. eenvoudige referte aan het feitelijk verhaal van het bestreden vonnis brengt echter volstrekt niet mede dat hij zijn zegel zou hechten aan de wijze waarop dat vonnis de punten formuleert, waaromtrent partijen het oneens waren (in de 3^e^ ov.).

„De app. wil echter daaromtrent geen eigenlijke kritiek leveren, maar hij wil liever trachten te betoogen:

„1° dat zijne vordering in conventie had behooren te worden toegewezen, althans de ontzegging of gedeeltelijke toewijzing daarvan niet had mogen worden afhankelijk gemaakt van een suppletoiren eed zijner wederpartij, maar dat, zoo die vordering niet dadelijk kan worden toegewezen, ook niet op grond van den inhoud der overgelegde koopmansboeken, had moeten worden bevolen het door den appellant verlangde verhoor op vraagpunten;

»en 2° dat de vordering in reconventie in elk geval had moeten worden ontzegd.

»Ad. I. Het staat vast dat partijen met elkander in rekening courant hebben gestaan. De appellant berust vol gaarne in 's eersten regters oordeel, dat het gevolg der overeenkomst tot wederkeerige crediet-verleening, welke partijen hadden aangegaan, is, dat indien het saldo der rekening-courant is erkend of daarin is berust, zoodat het voor erkend mag worden gehouden, degeen ten wiens laste het saldo luidt, daardoor verbonden is, en op hem die het saldo in regten vordert, *niet* rust de bewijslast der juistheid van dat saldo.

»De appellant beweerde in eersten aanleg, en met vertrouwen reproduceert hij dat beweren in hooger beroep, dat in het door hem in conventie gevorderde saldo door zijne wederpartij is berust.

»Hiermede wil hij niet zeggen dat die wederpartij zou hebben erkend aan hem schuldig te zijn juist zooveel guldens en zooveel centen als in conventie gevorderd worden, maar hij houdt vol dat die erkentenis, zij het stilzwijgend of middellijk, te vinden is in de stukken en omstandigheden vermeld en aangevoerd bij zijne conclusie van repliek in conventie en antwoord in reconventie (thans product 14), waarnaar hij eerbiedig verwijst.

»Doch gesteld dat er niet voldoende bleek van erkenning of berusting, dan had de eerste regter behooren te onderzoeken of de vordering in conventie niet werd gejustificeerd door den inhoud der twee koopmansboeken, het brievenboek en het kasboek op den authenthieken inventaris der dezerzijdsche producten sub n° 20 en 21 vermeld.

»Die boeken mogten hier als bewijsmiddel dienen, en het Hof had dus *moeten* onderzoeken of er het bewijs van des app^s vordering in te vinden was. Zoo de H.-R. al mogt instemmen met den eersten regter dat niet reeds *aliunde* ten

genoege regtens blijkt van goedkeuring of berusting, dan zal de H.-R., de app. meent dit als ontwijfelbaar te mogen aannemen, dit onderzoek instellen.

»Koopmansboeken immers zijn hier een geldig bewijsmiddel, krachtens a. 10 enz. K., omdat het bestaan der koopmanshandelingen, welke het hier geldt, in het algemeen tusschen partijen vaststond, en den eed tot bevestiging daarvan (zoo noodig) aangeboden, niet gevorderd was.

»De appellant beroept zich hier op eene bepaling ten aanzien van de bewijskracht van koopmansboeken tusschen kooplieden wegens zaken hunnen handel betreffende, omdat, gelijk bij het vonnis *a quo* met juistheid is geconstateerd, tusschen partijen vaststaat dat zij ten gevolge eener handelsovereenkomst tot wederkeerige credietverleening, in rekening hebben gestaan, en het verschil loopt over het tijdstip, waarop de opengestaan hebbende rekening-courant heeft opgehouden te loopen.

»Er is echter meer.

»Al waren hier geene commerciële handelingen, dan zouden des apps koopmansboeken hier als bewijsmiddel mogen gelden krachtens a. 1901 enz. B.-W., vermits het tusschen partijen vaststaat, dat de appellant gewoon was crediet te verleenen. Gemeld a. 1901 vordert, ja, bevestiging met eede, — doch de appellant heeft reeds in eersten aanleg beëediging aangeboden en herhaalt dit aanbod, voor zooveel noodig.

»Het vonnis *a quo* wil echter van die boeken niets weten.

»Het zegt dat de boeken slechts kunnen bewijzen de hoedanigheid en hoeveelheid der leverantien, *niet* de leverantien zelve.

»De appellant zal hierop alleen antwoorden, dat de door het Hof bedoelde woorden van a. 1901 overeenkomen met die van a. 1919 van het Ned. B.-W., en dat de meest gezag hebbende interpretes van laatstgemeld Wetb. huldigen de leer dat bewijs der hoedanigheid en hoeveelheid

van het geleverde involveert bewijs van het feit der leverantie.

„De appellant beroep zich op zijne boeken, omdat ze zijn rigtig gehouden.

„Die rigtigheid is nooit en nergens betwist.

„Dat de geintim. sommige nota's omtrent afzonderlijke objecten van rekening ten onregte qualificeerde extracten uit des eischers boeken, in welke hij zou moeten vinden volledige rekening conform die boeken, en nu ging argumenteren uit beweerden strijd tusschen des appellants eigen opgaven, — dat de eerste regter den appellant op dien dwaalweg volgde kan niet gelden als een betwisten der rigtigheid, veelmin als een argument tegen de rigtigheid.

„De boeken mogen dus als bewijsmiddel gelden, en nu gelieve de H.-R. op te slaan des app^s^ kasboek, en hij zal op folio 59 vermeld vinden de teruggave der 180 dubloenen op 26 Maart 1866, met bijbetaling van vier maanden renten. Deze boeking is afdoende. Geheel ten overvloede echter had de app. in eersten aanleg ook nog overgelegd het kopyboek der van zijne firma uitgegane brieven, waarin voorkomt afschrift van een brief door D. SH., den procuratiehouder der firma, op 22 Maart 1866 aan den app., die zich toen te Curaçao bevond, geschreven, waarin onder een aantal andere berigten omtrent kantoorzaken voorkomt de phrase: „Ik heb de 180 dubloenen klaar voor S., die binnen een paar dagen daarover zal beschikken.”

„Uit al het gezegde meent de app. dat noodzakelijk zal voortvloeijen de overtuiging dat hij teregt voert het primair beweren, dat zijne vordering in conventie, als erkend of bewezen, hem had behooren te worden toegewezen.

„Doch al ware dit anders, dan nog had de eerste regter des app^s^ beweren omtrent erkentenis of berusting door den geintim. nog niet mogen verwerpen, gelijk hij heeft gedaan.

„Hij had *kunnen* bevelen de overlegging van des app. verdere boeken, vooral daar de app. onbepaald had aangeboden zijne boeken over te leggen, — en hij had anders *moeten* toewijzen des app[s] subsidiaire conclusie.

„De app. had namelijk, voor het geval dat de oorspronkelijk ged. (nu geintim.) de gestelde feiten mogt ontkennen, subsidiair geconcludeerd tot het doen hooren zijner wederpartij op vraagpunten, wier pertinentie niet is en ook bezwaarlijk kon worden betwist. (De eerste vraag betrof zelfs een *concludent* feit.)

„De geïntim. heeft dan ook acte gevraagd en bekomen zijner verklaring van zich tegen de toewijzing der subsidiaire conclusie tot verhoor niet te verzetten.

„Het Hof heeft het verhoor hoofdzakelijk geweigerd op de zeer onjuiste overweging dat het niet de bedoeling der wet zou kunnen zijn dat eene partij kan worden gehoord omtrent het al of niet *waar* zijn van een feit, dat zij reeds pertinent heeft ontkend.

„Zoowel de geschiedenis van het Ned. Wetb. van B.-R., (a. 237—246 komen, met uitzondering van eene literale wijziging in a. 241, volkomen overeen met a. 238—247 van het Curaçaosche) als de interpretes van het Ned. en van het Fransche verzetten tegen de aanneming dezer Curaçaosche opvatting.

„De app. kan het omtrent de conventie gerust hierbij laten. *Male judicatum esse* omtrent de conventionele vordering behoeft geen verder betoog.

„Ad. II. En nu het betoog dat de reconventionele vordering had moeten worden ontzegd.

„Dit kan zeer eenvoudig zijn, als men zich de wettelijke positie van partijen litiganten maar juist voorstelt.

„De geintimeerde, antwoordende op den eisch in conventie, deed tevens eisch in reconventie, concluderende in dat cas tot

veroordeeling zijner wederpartij in de betaling van *f* 1736 (*errore calculi* genoemd in plaats van *f* 1735) met interessen; — deze eisch steunde op het beweren dat de app. hem verschuldigd was 50 dubloenen à *f* 41 het stuk, dus *f* 2051 (lees *f* 2050) waarvan *f* 315 door vergelijking was te niet gegaan, omdat de geintim. van het in conventie geeischte saldo van *f* 881.44 laatstgemelde som (*f* 315) erkende schuldig te zijn.

„Die beweerde schuld des app^s^ ad *f* 2050 zou volgen uit eene geldleening van 27 Nov. 1865, groot geweest 180 dubloenen, waarvan er 130 zouden zijn teruggegeven en 50 verschuldigd gebleven. Op den eischer in reconventie berustte, volgens a. 184 van het Curaçaosche Wetb. (overeenkomende met a. 1902 van het Ned.) de bewijslast omtrent het bestaan dezer beweerde schuld, welke door den reconventioneel verw. werd betwist.

„De app. erkende nl. wel dat die geldleening was gedaan, maar voegde er bij, dat hij het geleende geld had terugbetaald. Deze bekentenis kon dus den geintim. niet baten, want ze was, naar a. 1943 van het Curaçaosche B.-W., even onsplitsbaar als ze in Ned. naar het Ned. a. 1961 zou zijn geweest.

„Welk bewijs leverde de geintim. omtrent de beweerde geldleening?

„Een stuk (waarvan een translaat, in afschrift, sub n° — dezerzijds ten processe aanwezig) geteekend door D. L. HYO (ZOON) *per* J. A. J. EN ZOON, houdende erkentenis van ontvangst van 180 Columbiaansche dubloenen, *niet* van *dezen* geintim., maar van J. A. S. HYO (ZOON).

„Welnu: iedere betaling doet eene schuld veronderstellen. Vgl. a. 1376 Cur. met Ned. B.-W. Ergo praesumtie *tegen* geldleening.

„D. L. HYO zeide te handelen *per*, d. i. ten behoeve, maar *niet per procuratie*, op last van J. A. J. EN ZOON. Hij doet zich mitsdien voor als *negotiorum gestor*.

„De genoemde firma is dus alleen gehouden tot teruggave van hetgeen aan dien *negotiorum gestor* ten haren behoeve is geleend, voor zoover het geleende in haar bezit is gekomen (a. 1374 Cur. B.-W.) En eindelijk: *wie* betaalde (of zoo men wil leende) geld aan dien *negotiorum gestor?* Een ANDER *dan deze geintim.*, een zoon van den geintim. S. HYO.

„Dat stuk bewijst dus letterlijk *niets* omtrent de stelling, dat de *geintim. aan den app.* 180 dubloenen *ter leen* zou hebben verstrekt. Maar in eersten aanleg wilde de geintim. (en de 1e regter is hem, *invitâ Themide*, ook daarin gevolgd) die quitantie in verband brengen met een ander stuk (dezerzijds in translaat overgelegd), dat aan den app. wordt toegeschreven.

„Dat andere stuk is getiteld: „De heer J. A. S. in rekening-„courant met J. A. J. EN ZOON„ en bevat een eersten post in S's credit van 27 Nov. 1865, luidende: „Aan ons geleend „180 Columbiaansche dubloenen à *f* 41 *f* 7380.„

„Deze argumentatie is ongehoord. Het mag bevreemding wekken ze van zijne wederpartij te hooren, — maar het is inderdaad verbazend, ze door den regter te zien volgen. *Datzelfde* stuk behelst weinige regels lager dezen debetpost: „1866 „Mrt. 26. Bedrag aan hem ter hand gestelde waarde van 180 „dubloenen, die hij ons 27 Nov. 1865 geleend heeft„ enz.

„Wil men dat stuk *tegen* den app. doen gelden, dan neme men het in zijn geheel. Deze eisch is gegrond op de zoo even aangehaalde wetsbepaling omtrent de onsplitsbaarheid der bekentenis.

„De app. wil niets liever dan dat men bedoeld stuk tot rigtsnoer neme *in judicando*. Dan toch staat niet alleen vast de ongegrondheid der reconventie, maar tevens de gegrondheid der conventie, want die rekening sluit met een saldo van *f* 881.44, dat is juist het in conventie gevorderde bedrag, ten voordeele van hem appellant.

„Maar, zoo wordt men onwillekeurig geneigd te vragen: hoe is de eerste regter er dan toch toegekomen om de reconventionele vordering half bewezen te achten? Het antwoord is

gereed: door zich ter beantwoording te stellen *niet* de vraag waarop het aankomt: "heeft *de eischer* in reconventie, onaf"hankelijk van de onsplitsbare bekentenis zijner wederpartij, "bewezen de door hem beweerde geldleening?" maar eene "gansch andere: "heeft *de verweerder* in reconventie bewezen "de door hem beweerde teruggave van de *volle* geldsom, welke "hij erkent ter leen te hebben ontvangen?"

"Eenmaal dat verkeerde standpunt ingenomen hebbende, kon de eerste regter er alligt toekomen, om uit te maken dat de voortdurende verschuldigdheid van een restant der eenmaal ter leen ontvangen dubloenen nog niet onbestaanbaar zou wezen met eene beantwoording in des app^s zin van een aantal in het vonnis *a quo* bepaaldelijk aangewezen vragen, waarop de app. zijne wederpartij verlangde te doen hooren.

"De eerste regter vergat daarbij echter dat de wet (a. 238 en 239 Cur. B.-R.) aan de vragen, welke den litiganten ter beantwoording worden voorgelegd, geen verderen eisch stelt dan dat ze zijn ter zake dienende en niet tot iets "anders betrek"kelijk — tot het geschil betrekkelijk," geenszins ook, gelijk bij feiten, waaromtrent getuigenbewijs verlangd wordt, "ter "zake dienende EN AFDOENDE" (a. 203 *eodem*).

"Doch de app. behoeft waarlijk zijn heil niet te zoeken in *vermoedens* ten voordeele zijner liberatie, waar *alle* bewijs ontbreekt omtrent zijn *obligo*. Hij mag vertrouwen op *ontzegging* der reconventie, ook zonder verhoor op vraagpunten.

"Concluderende Mr. A. EIJSSELL, als procureur des app$_s$, dat bij 's H.-R$_s$ te wijzen arr., zal worden te niet gedaan het gemelde vonnis van 15 Junij 1877, waarvan ten deze is geappelleerd, met uitzondering alleen van dat deel, waarbij den geintim. is verleend de door hem gevraagde acte, en voorts: *primario*, op nieuw regtdoende en doende wat de eerste regter had behooren te doen, den app. alsnog zal worden toegewezen zijne vordering in conventie en den geintim. worden ontzegd

zijne vordering in reconventie, met veroordeeling van den geint. in al de kosten der beide instantien; ofte wel subordinaat, alvorens regt te doen ten principale omtrent den eisch in conventie, zal worden gelast dat de geint. verschijne in persoon in de raadkamer van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao, ten dage en ure door den Hove te bepalen, hetzij voor het Hof zelf, hetzij voor een regter-comm., om gehoord te worden op de tien ter zake dienende en niet tot iets anders betrekkelijke vraagpunten in het bestreden vonnis vermeld, en op al zoodanige andere vragen als het Hof of de regter-comm. ambtshalve mogt willen voorstellen, ten einde na afloop van dat verhoor worde voortgeprocedeerd op de conventie als naar regten, in dat geval met veroordeeling van den geint. zoo in de kosten in eersten aanleg op de reconventie gevallen als in al de kosten van het hooger beroep, en met voorbehoud van uitspraak omtrent de kosten op de vordering in conventie in eersten aanleg gevallen tot dat op die vordering ten principale zal worden beslist."

Het volgende is een extract uit de memorie van antwoord van V., geint., op de grieven van J., app. (Proc. mr. J. v. D. JAGT.)

"De app. grondt zijn appel, voor zooveel den eisch in conventie aangaat, blijkbaar op a. 54 Curaçaosch B.-R. (*)

"Maar hij verliest daarbij uit het oog, dat dit a. voorloopig buiten toepassing is verklaard bij a. 4 van het Kon. Besluit van 4 Sept. 1868, n° 18. De appellabiliteit van het vonnis op den eisch in conventie moet dus uitsluitend beoordeeld worden naar het Reglement op het hooger beroep van 1840, dat gehandhaafd werd bij de wet van 4 Apr. 1869, *St.* n° 36, en in dat Reglement is voor een appel van het vonnis in conventie geene plaats. A. 1 toch beperkt het beroep uitdrukkelijk

(*) Lees: op a. 253 *Ned.* W. B.-R.

tot zaken, welker onderwerp de som van *f* 1000 te boven gaat. Wel voegt a. 25 van datzelfde Reglement daarbij, dat de wijze van procederen in appel dezelfde zal zijn als bij de gewone regtspleging door den H.-R. is voorgeschreven; maar het betreft ten deze geene vraag omtrent de wijze van procederen, maar omtrent de appellabiliteit zelve. En die appellabiliteit moet getoest worden uitsluitend aan a. 1 van het Reglement, zoodat a. 253 Ned. B.-R. hier niet in aanmerking kan komen.

„De toevallige omstandigheid, dat een ged. eene tegenvordering instelt, kan dus op de appellabiliteit van het vonnis in conventie van geen invloed zijn. Elke vordering moet, wat de vatbaarheid voor hoogere voorziening aangaat, op zich zelve worden beoordeeld. En het gevolg daarvan zal zijn, dat de app., hoewel buiten twijfel bevoegd in hooger beroep te komen van het vonnis op den eisch in reconventie gewezen, zal moeten worden verklaard niet ontvankelijk in zijn appel van de uitspraak op de vordering in conventie gevallen.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat bij conclusie van antwoord in hooger beroep, door den geintim. is beweerd, dat het beroep, wat betreft den eisch in conventie, niet zou zijn ontvankelijk;

„O. dat dit beweren zich daarop grondt, dat wel a. 254 B.-R. voor de kolonie Curaçao bepaalt dat het hooger beroep wordt toegelaten indien het beloop van den eisch in conventie, gevoegd bij dien in reconventie, te boven gaat de regtsmagt van den regter om in het hoogste ressort regt te spreken, *op welke bepaling de app. de bevoegdheid grondt om in deze in hooger beroep te komen*, (*) ook wat aangaat den eisch in conventie bij het bestreden vonnis beslist, maar dat dit wetsa. in deze niet zou kunnen in aanmerking komen, omdat het buiten toepassing moet blijven naar a. 4 van het Kon. besl. van 4 Sept. 1868, rakende de invoering van de nieuwe wet-

(*) Zoo stelt de geint. het voor, maar dit is onjuist. INZENDER.

geving in de kolonie Curaçao, en dat dus alleen in aanmerking zou komen het Reglement wegens het hooger beroep aan den H.-R. van vonnissen in burgerlijke zaken gewezen door het Geregtshof van Suriname, vastgesteld bij Kon. besl. van 11 Jan. 1840, *St.* nº 1, hetwelk is gehandhaafd en mede voor de kolonie Curaçao geldend verklaard bij de wet van 4 Apr. 1869, *St.* n° 36;

»O., dat met der daad a. 4 van het Kon. besl. van 4 Sept. 1868 voorschrijft dat de bepalingen der nieuwe wetgeving, betrekking hebbende tot het beroep op den H.-R. der Ned. voorloopig blijven buiten toepassing;

»O., dat hieruit volgt, *eensdeels* dat het bepaalde bij a. 254 voormeld, waarop zich de app. grondt, vooralsnog niet geldend is, en *anderdeels* dat de bevoegdheid om in hooger beroep te komen, moet worden beoordeeld naar het bij de wet van 1869 gehandhaafd en mede voor Curaçao geldend verklaard reglement van 1840;

»O., dat volgens a. 1 van dat reglement hooger beroep aan den H.-R. alleen wordt toegelaten in zaken, welker onderwerp de geldswaarde van *f* 1000, interessen of proceskosten daaronder niet gerekend, te boven gaat;

»O., dat naar deze bepaling de beroepbaarheid afhangt van de geldswaarde van de zaak. waarover het vonnis in eersten aanleg loopt, en dat die wederom afhangt van den eisch, die in het geding is gebragt;

»O., dat die eisch in deze geene andere is geweest dan tot betaling van *f* 881.44, restant van eene som van *f* 22,311.42 welke som de oorspronkelijke ged. nalatig zou zijn gebleven te voldoen;

»O., dat hieruit volgt dat de zaak die het hier geldt eene vordering is in geldswaarde uitgedrukt, en dat die is beneden de *f* 1000;

»O., dat niets wettigt het hier tegen ingebragt beweren dat

bij a. 1 van het reglement van 1840 zou zijn gedoeld op eene waarde der zaak, die eene andere zou zijn dan de bij eisch uitgedrukte geldswaarde, of op iets anders dan wat elders bij de wetten het bedrag der vordering wordt genoemd;

„O. toch, dat het woord „zaken" in a. 1 evengemeld kennelijk geene andere beteekenis heeft dan die van „gedingen" zoodat het eeniglijk blijft aankomen op de geldswaarde, welke het onderwerp is van het geding, en die geene andere is dan het bedrag der vordering;

„O., dat evenmin kan opgaan het beweren dat ook bij het niet bestaan van eene bepaling als die van a. 254 in het reglement van 1840, het toch van zelf zou spreken dat ter beoordeeling van de beroepbaarheid van eene zaak het beloop van den eisch in conventie zou moeten worden gevoegd bij dien in reconventie;

„O. toch dat, wel verre dat de bepaling van a. 254 slechts een reeds op zich zelf algemeen erkend regtsbeginsel zou bevatten, integendeel bij die bepaling, naar algemeene regtsbeginselen, regtsvorderingen, die op zich zelve afgescheiden onderwerpen betreffen, dit blijven ook waar ze naar eene daarvoor in het leven geroepen proces-orde te zamen worden behandeld;

„O., dat derhalve, om eene bepaling als die van a. 254 meergemeld te doen opvolgen, eene uitdrukkelijke wetsbepaling werd vereischt en dus een beroep op algemeene regtsbeginselen ten deze niet te kan gelden;

„O., dat alzoo, wat aangaat de beroepbaarheid van de beslissing in conventie gevallen, het beloop van den eisch in conventie op zich zelf moet worden in aanmerking genomen, afgescheiden van dat in reconventie en dat alzoo het beweren van den geintim. ten deze is gegrond;

„Verklaart het ingesteld hooger beroep, wat aangaat den oorspronkelijken eisch in conventie, niet-ontvankelijk;

„Ten aanzien van den eisch in reconventie:

„Wat betreft de daadzaken, zich vereenigende met en overnemende de overwegingen van den eersten regter;

„Wat betreft het regt:

„O., dat bij de memorie van grieven in hooger beroep en de genomen conclusie aan zijde van den app. nopens het verhoor op vraagpunten alleen is teruggekomen voor zoover dit zou betreffen den eisch in conventie, weshalve hetgeen daarop betrekking heeft bij de beoordeeling van het hooger beroep op den eisch in reconventie niet meer in aanmerking komt;

„Voorts rakende het bezwaar dat de eerste regter, in strijd met a. 1948 van het B.-W. voor Nederland de bekentenis van den eischer, reconventioneel ged., nu app., nopens de als geleend teruggevorderde gelden, zou hebben gesplitst, in dier voege dat wel was achtgeslagen op de erkentenis dat de leening had plaats gehad, maar niet daarop dat ze geheel was afbetaald;

„O., dat niet is regt gedaan op de bekentenis van den nu appellant, maar op twee stukken in het vonnis aangehaald, die ook met andere in het vonnis aangehaalde stukken, hoezeer de vordering er niet volledig door bewezen werd geacht, toch wel in zoo verre voldoende bewijs werden geoordeeld op te leveren, om ter verdere aanvulling van het bewijs, den suppletoiren eed te kunnen opleggen, en dat alzoo het bewuste bezwaar hier niet behoeft te worden behandeld;

„Zich overigens vereenigde met- en overnemende de overwegingen van den eersten regter;

„Bevestigt, wat betreft de beslissing gevallen op den eisch in reconventie, het vonnis van het Hof van Justitie in de kolonie Curaçao van 15 Junij 1877, waarvan hooger beroep;

„Verwijst den app. in de kosten op het hooger beroep gevallen.”

No 1614. — Arrest van 1 Nov. 1878.

(A. 59 B.-R.; a. 156 Grw.; a. 20 R.-O.)

Behoort, in geval van beklag over niet-motivering van een vonnis, a. 20 R.-O. in het middel van cassatie noodwendig te worden aangehaald? — Ja.

Kunnen a. 156 Grw. en 59 B.-R. alleen dan zijn geschonden, indien alle motivering ontbreekt? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Smits in deze zaak de volgende conclusie genomen:

»Het voorgestelde *cassatie-middel* heet: schending en verkeerde toepassing van a. 59 B.-R., in verband met a. 156 Grw., en van de a. 1981, 1995, 2004 en 2024 B.-W., omdat bij het arr. *a quo* niet behoorlijk is gemotiveerd dat de regtsvordering der eischers zou zijn verjaard en in regten iets is aangenomen, wat mogelijk geschied zijn kan, maar waarvan niet blijkt dat het geschied is.

»Het *middel* kan m. i. om verschillende redenen niet opgaan, waarvan ik er slechts *twee* zal behandelen, daar deze, geloof ik, afdoende zijn en steunen op constante jurisprudentie van den H.-R.

»De *eerste* is deze. Bij het *middel* wordt geen a. genoemd dat de niet-motivering van een vonnis met de straf van nietigheid bedreigt. Die bedreiging vindt men wel in a. 20 R.-O., maar dit a. is in het *middel* niet aangehaald, zoodat, al ware het beklaagde arr. volstrekt niet gemotiveerd, het *middel*, zooals het is voorgesteld, tot geene cassatie zal kunnen aanleiding geven.

»Men vergel. o. a. de arr^n van den H.-R. van 13 Dec. 1872 (v. d. Hon., *B.-R.*, XXXVII, 256) en van 30 Mei 1873 (v. d. Hon., *B.-R.*, XXXVIII, 297; *N. Rspr.*, CIV, 80).

»De *tweede* hoofdgrond waarom het *middel* niet kan opgaan is deze, dat bij inzage van het aangevallen gewijsde blijkt dat het dictum berust op niet minder dan 26 overw^n, waarvan er eenige speciaal gewijd zijn aan de quaestie omtrent de verjaring.

Men kan dus niet klagen over niet-voldoening aan de voorschriften van de aangehaalde a. B.-R. en de Grw., want deze willen alleen dat de vonnissen de gronden zullen bevatten waarop zij rusten, en bij de beoordeeling of dit geschied is, of een vonnis is gemotiveerd, blijven geheel buiten aanmerking de vragen omtrent de volledigheid of juistheid der beweegredenen. Deze a. schrijven alleen motivering, niet behoorlijke motivering voor.

„Men vergel. de arrn van 25 Nov. 1859 (v. d. Hon., *B.-R.* XXIII, 413; *Ned. R.*, 413; LXIII, 191), 18 Dec. 1874 (v. d. Hon., *B.-R.*, XXXIX, 620; *Ned. R.*, CVIII, 292) en 30 Apr. 1875 (v. d. Hon., *B.-R.*, XL, 253; *Ned. R.*, CIX, 325).

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten.„

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 59 B.-R., in verband met a. 156 Grw. en van de a. 1983, 1995, 2004 en 2024 B.-W., omdat bij het arr. *a quo* niet behoorlijk is gemotiveerd, dat de regtsvordering der eischers zou zijn verjaard en in regten iets is aangenomen wat mogelijk geschied kan zijn, maar waarvan niet blijkt dat het geschied is;

„O., dat, zoo dit *middel*, ofschoon doende gelden niet-behoorlijke motivering, zou moeten nederkomen op beweerd gemis van aanvoering van gronden en dus op verzuim van vorm, te dier zake bij geene der bij het *middel* vermelde wetsbepalingen, maar alleen bij a. 20 R.-O. is bedreigd nietigheid;

„O., dat echter dit a. bij het *middel* niet is aangehaald en dus ook *in casu*, al ware verzuim van motivering aannemelijk , niet tot cassatie kan leiden;

„O., dat bovendien de ingeroepen a. 156 Grw. en 59 B.-R. alleen voorschrijven aanvoering van gronden, maar niet behoorlijke aanvoering, veelmin bepalen hoe, of op welke wijze die zou moeten plaats hebben;

„O., dat dus ook het beweren van onbehoorlijke motivering de aangevoerde wetschennis niet kan regtvaardigen;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt de eischers in de kosten."

No 1615. — Arrest van 15 Nov. 1878.

(A. 64 der overeenkomst van 24—25 Mei 1876 tusschen de Regering en de Maatschappij tot Exploitatie van Staatsspoorwegen gesloten en bij de wet van 15 Nov. 1876, *St.* no 210, bekrachtigd; a. 1352 B.-W.)

Moeten de woorden in a. 64 *der genoemde overeenkomst: „dat geen passage wordt geheven noch ten voordeele van den Staat, noch van eenige provincie of gemeente" in dezen zin worden opgevat dat de Staat wèl aansprakelijk kan zijn voor eene heffing van die gelden, als deze met medewerking of goedkeuring der Regering is geschied, maar niet, waar die heffing buiten haar door anderen, hetzij provinciën, hetzij gemeenten, heeft plaats gehad?* — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„Deze procedure heeft betrekking op de spoorwegbrug te Venlo. Over de inrigting van die brug en den aard van het daarop door de gemeente Venlo geheven passagegeld, zie men het arr. van de strafkamer van den H.-R. van 23 Oct. 1876 (v. D. HON., *G.-Z.* XXX, 137; *N.-Rspr.* CXIV, 60) in verband met het arr. van 27 Dec. 1875 (v. D. HON., *Bel.* X, 374; *N.-Rspr.* CXI, 342).

„De eischende Maatschappij stelt, en biedt aan om door getuigen te bewijzen, dat door het bestuur der gemeente Venlo, sedert 27 Nov. 1877 passagegeld is gevorderd en geheven van ieder, die, komende langs den spoorwegtoegang en loopende tusschen de rails het voor het spoorwegverkeer ingerigte en bestemde gedeelte der spoorwegbrug over de Maas te Venlo

overging, zonder zelfs de beambten en werklieden der eischesse of hen die van eene vergunning van wege haren bestuurder voorzien waren, uit te zonderen.

»Daar nu bij a. 64 der overeenkomst van 24—25 Mei 1876 tusschen de Regering en de eischende maatschappij gesloten, en bij a. 1 der wet van 15 Nov. 1876, *St.* nº 210, bekrachtigd, is bepaald, dat gedurende de werking der overeenkomst op de daarbij bedoelde spoorwegen geen weg- noch passagegeld geheven wordt, noch ten voordeele van den Staat, noch van eenige provincie of gemeeete, en de lijn Venlo-Boxtel, waarin de bedoelde spoorwegbrug ligt, tot die spoorwegen behoort, vermeent de eischeresse dat de Staat verpligt is de schade welke zij beweert door de boven omschreven heffing geleden te hebben en nog te lijden, te vergoeden, en de vordering strekt tot veroordeeling in die schadevergoeding.

»De gedaagde voert aan, dat hij het gestelde feit, als zullende zijn verrigt door het gemeentebestuur te Venlo, niet kan en ook niet behoeft te erkennen of te ontkennen, maar verzet zich niet tegen het aangeboden bewijs, en beweert overigens dat, indien er werkelijk door het gemeentebestuur van Venlo onverschuldigde heffingen geschied zijn, daarvoor de gemeente en niet de Staat aansprakelijk zou zijn.

»De redenering van de eischende maatschappij is deze. Bij a. 64 van de voormelde overeenkomst heeft de Staat zich *sterk gemaakt* voor provinciën en gemeenten, dat geen weg- of passagegelden op de spoorwegen zouden geheven worden, a. 1352 B.-W. is dus ten deze van toepassing, en waar de gemeente Venlo weigert de verbindtenis om geen tol te heffen na te komen, is de vordering tegen den Staat, die zich voor alle gemeenten en dus ook voor de gemeente Venlo sterk gemaakt heeft, volkomen geregtvaardigd.

»Ik kan deze meening niet deelen. Ik vermeen nu de vraag te kunnen daarlaten of in a. 64 der overeenkomst niet enkel

bedoeld wordt het heffen van weg- of passagegeld voor het eigenlijk spoorwegverkeer, het bezwaren van het vervoer van reizigers, vrachtgoederen enz. door heffingen ten behoeve van den Staat, provinciën of gemeenten, waardoor directe schade aan de maatschappij als zoodanig zoude worden toegebragt, heffingen, waarover *in casu* niet geklaagd wordt.

„Maar ik kan in a. 64 der overeenkomst niet lezen, dat de Staat zich voor een derde sterk maakt, of instaat, dat is belooft dat een derde iets zal geven, doen of niet doen.

„Een dergelijk instaan voor een ander mag niet ligt worden verondersteld, volgt niet uit de woorden van het a. en komt hier ook volstrekt niet te pas. Er is sprake van heffing van weg- of passagegeld op spoorwegen, die het eigendom zijn van den Staat, niet *door* maar *ten voordeele van* den Staat, eenige provinciën of gemeenten. Maar nu is dergelijke heffing ook ten voordeele van eene provincie of gemeente bepaald onmogelijk zonder regtstreeksche inmenging van de regering.

„De verbindtenis betreft dus niet een derde, maar de contracterende partij zelve, en nu zoude m. i. moeten vaststaan, dat de Staat op den spoorweg een weg- of passagegeld hief ten voordeele der gemeente Venlo, of wel aan die gemeente had toegestaan of regtstreeks er toe had medegewerkt, dat aan haar werd toegestaan eene zoodanige heffing te doen, voor dat men over het niet nakomen der verbindtenis uit a. 64 voortvloeijende kon klagen.

„Maar dit wordt niet beweerd, want wat is het geval? Het is *in confesso* en dit blijkt ook uit het door mij aangehaalde arr. van den H.-R., dat de brug, waarvan hier sprake is, niet alleen is ingerigt en strekt voor het spoorwegverkeer, maar ook voor het gewone verkeer van voetgangers, rij- en voertuigen, vee, enz., het zoogenaamde algemeene verkeer, en dat bij Kon. besluit van 7 Mei 1866, nº 91, aan de gemeente Venlo, ter te gemoetkoming in de kosten van inrigting der

spoorwegbrug voor gewoon verkeer, welke tot een bedrag van *f* 41,100 ten laste van de gemeente Venlo zijn, concessie is verleend tot heffing van regten voor het gebruik van de brug wat het gewoon verkeer betreft, waarop ook betrekking heeft het reglement van politie wegens het gebruik der spoorwegbrug over de Maas te Venlo voor algemeen verkeer, vastgesteld bij Kon. besluit van 6 Sept. 1866, *St.* n° 121. Over de regtsgeldigheid van deze concessie is thans geen twist.

»Gesteld nu, dat het feit dat de eisch^{sse} wil bewijzen, bewezen ware en dat bovendien de heffingen, waarover men zich beklaagt, bleken niet te treffen het gebruik van de spoorwegbrug voor gewoon verkeer, dan nog zoude daaruit alleen volgen, dat de gemeente Venlo een verkeerd gebruik had gemaakt van de haar verleende concessie, dat die gemeente, naar aanleiding van a. 1396 B.-W. kon genoodzaakt worden het niet verschuldigde terug te geven, maar geenszins, dat de Staat voor die verkeerde handelingen van de gemeente Venlo aansprakelijk zou zijn, en daardoor tot schadevergoeding gehouden, evenmin als wanneer heffingen waren geschied van personen, voor welke vrijdom van passage bij de concessie is voorbehouden.

»Ik acht dus de eisch^{sse} in hare actie ongegrond en heb de eer te concluderen, dat de H.-R., met voorbijgang van het aangeboden getuigenbewijs, haar die zal ontzeggen, en haar veroordeelen in de kosten der procedure.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O., dat de eischende Maatschappij, — op grond dat bij a. 64 der overeenkomst, 24—25 Mei 1876 tusschen de Regering en de eisch^{sse} gesloten, en bij de wet van 15 Nov. 1876, *St.* n° 210, bekrachtigd, is bepaald, dat gedurende de werking der overeenkomst op de daarbij bedoelde spoorwegen geen weg- of passagegeld geheven wordt, noch ten voordeele van den Staat, noch van eenige provincie of gemeente; dat tot die spoorwegen

behoort de spoorwegbrug over de Maas te Venlo in de lijn Venlo—Boxtel; dat aan de gemeente Venlo concessie is verleend tot heffing van regten voor het gebruik van die brug, ingerigt voor gewoon verkeer; dat sedert 27 Nov. 1876 door het bestuur dier gemeente brug- of passagegeld is geheven ook van ieder die niet het voor gewoon verkeer, maar het voor het spoorwegverkeer ingerigte en bestemde gedeelte dier brug overgaat, en dit geld zelfs is geheven van de beambten en werklieden der eisch^sse, die uit den aard hunner betrekking, en van allen, die met vergunning van den bestuurder der eisch^sse dat gedeelte van de spoorwegbrug passeren; voorts, dat die heffing is in strijd met genoemd a. 64 en de verpligting door den ged. daarbij op zich genomen, zoodat de ged. verpligt is de daardoor bij de eisch^sse geleden of nog te lijden schade te vergoeden, — bij dagvaarding en conclusie heeft gevorderd, dat de ged., de Staat der Ned., zal worden veroordeeld om aan de eisch^sse te vergoeden de kosten, schaden en interessen, door de boven omschreven heffing van brug- of passagegeld op de spoorwegbrug over de Maas te Venlo door het bestuur dier gemeente, reeds geleden of nog te lijden, met veroordeeling in de kosten van het proces;

„O., dat de ged. de beweerde overeenkomst en het feit, dat genoemde spoorwegbrug tot de daarbij bedoelde spoorwegen behoort, niet heeft tegengesproken, noch dat aan de gemeente Venlo concessie is verleend tot heffing van regten voor het gebruik van die brug, ingerigt voor het gewone verkeer, maar bij zijn antwoord heeft verklaard, niet te erkennen, dat door het gemeentebestuur van Venlo onverschuldigde passagegelden zouden zijn ontvangen van de beambten en werklieden der eisch^sse voor het passeren der spoorwegbrug over de Maas te Venlo, en beweerd, dat, ware dit geschied, die gemeente maar niet de Staat daarvoor zoude zijn aansprakelijk; concluderende tot niet-ontvankelijk-verklaring, immers ontzegging van de vordering, met veroordeeling van de eisch^sse in de kosten;

»O., dat de eisch^sse daarop nader heeft aangevoerd, dat zij thans niet beweert en hare actie niet daarop grondt, dat door het gemeentebestuur van Venlo onverschuldigde heffing geschiedt, maar poseert, dat door die heffing wordt gehandeld in strijd met de alleen tusschen partijen in genoemd a. 64 gesloten overeenkomst, als hebbende de ged. zich daarbij voor alle gemeenten, en dus ook voor Venlo, sterk gemaakt, dat ten haren behoeve op de door de eisch^sse geëxploiteerde spoorwegen geen passagegeld zal geheven worden, en dat de ged. dus, krachtens a. 1352 B.-W., tot schadevergoeding is verpligt, indien die gemeente, als derde bij de overeenkomst, weigert deze na te komen; dat de eisch^sse tevens tot staving harer beweringen, in zoover die niet zijn erkend, subsidiair heeft geconcludeerd om te worden toegelaten door getuigen te bewijzen: »dat door het bestuur der gemeente Venlo sedert 27 Nov. 1876 passagegeld is gevorderd en geheven van ieder die, komende langs den spoorwegtoegang en loopende tusschen de rails, het voor het spoorwegverkeer ingerigte en bestemde gedeelte der spoorwegbrug over de Maas te Venlo overging, zonder zelfs de beambten en werklieden der eisch^sse, of hen, die van eene vergunning van wege haren bestuurder voorzien waren, uit te zonderen;»

»O., dat de ged. zich ten aanzien dier conclusie aan het oordeel van den H.-R. heeft gerefereerd;

»In regten:

»O., dat de verpligting van den Staat tot schadevergoeding krachtens a. 1352 B. W. ten deze enkel wordt gegrond op a. 64 der voormelde door de eisch^sse met den Staat gesloten overeenkomst, luidende: »gedurende de werking dezer overeenkomst wordt op de daarbij bedoelde spoorwegen» .... »geen weg- of passagegeld geheven, noch ten voordeele van den Staat, noch van eenige provincie of gemeente;» bewerende de eisch^sse, dat de ged. zich daarbij

voor alle gemeenten, en dus ook Venlo, als derden, heeft sterk gemaakt, dat ten haren behoeve op de door de eisch^sse geexploiteerde spoorwegen geen passagegeld zal worden geheven;

„O. echter, dat zoodanige opvatting van den zin van a. 64 niet kan opgaan, waar het a. niet zegt, dat de Staat, wat de provinciën of gemeenten betreft, belooft of instaat, dat bedoeld weg- of passagegeld niet door deze zal worden geheven, en dus van die provinciën of gemeenten niet als derde personen bij de handeling gewaagt;

„O. toch, dat bij gemis daarvan, de woorden: „dat geen passagegeld wordt geheven, noch ten voordeele van den Staat, noch van eenige provincie of gemeente", niet in den zin van a. 1352 B.-W., een zich sterk maken voor derden, en hetgeen dezen zullen doen of nalaten behelzen, maar moeten worden opgevat als alleen betrekking hebbende en slaande op den Staat of den mede-contractant zelven en alzoo op de regtstreeksche of zijdelingsche handeling van dezen, zoodat zij enkel kunnen bedoelen dat gedurende den loop der overeenkomst, die gelden door de Regering, of met hare daartoe vereischte medewerking of toestemming, niet zullen worden geheven, hetzij ten voordeele van den Staat, hetzij van eenige provincie of gemeente;

„O., dat bij deze alleen aannemelijke opvatting van a. 64, de Staat wel aansprakelijk kan zijn voor eene heffing van die gelden, als deze met medewerking of goedkeuring der Regering is geschied, maar nooit waar die heffing buiten haar, door anderen, hetzij provinciën of gemeenten plaats gehad heeft;

„O. dat mitsdien, daargelaten de vraag of de regten, over welker heffing de eisch^sse zich beklaagt, zijn weg- of passagegelden, zooals a. 64 bedoelt, de eisch^sse, die niet beweert, dat de heffing met medewerking of goedkeuring der regering, maar alleen, dat die door het gemeentebestuur van Venlo geschied

is, te dier zake aan genoemd a. 64 geene actie tegen den ged. kan ontleenen;

„O., dat bijgevolg het aangeboden bewijs, als geene handelingen van den ged. betreffende, niet afdoende is en de vordering der eisch^sse is ongegrond;

„Passeert het aangeboden bewijs;

„Ontzegt aan de eisch^sse hare vordering;

„Veroordeelt haar in de kosten van het geding.”

N° 1616. — Arrest van 23 Nov. 1878.

(A. 1902 j° 1586 n° 1 B.-W.; a. 59 B.-R., a. 156 Grw.; a. 20 laatste al. R.-O. j° a. 1902 B.-W.)

Is de voorstelling juist als zou bij het beklaagde vonnis zonder bewijs zijn aangenomen de door de gedaagden, huurders, ontkende omstandigheid, dat een gedeelte van het perceel, hoewel in de vordering tot ontruiming mede begrepen, mede zou zijn geleverd door den verhuurder? — NEEN.

Bevat het beklaagde vonnis de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het regtspunt betreft, ieder afzonderlijk, en de beslissing, en voldoet het alzoo vormelijk aan de voorschriften der wet? — JA.

Is bij de wet voorgeschreven dat het vonnis ook moet opgeven de gronden, waarom de regter zich niet heeft kunnen vereenigen met de gronden tot tegenspraak aangevoerd? — NEEN.

Zijn de gronden voor de ongenoegzaamheid van een beweerd geleverd tegenbewijs, enkel strekkende tot tegenspraak der genoegzaamheid van het bewijs en niet tot staving van eenig middel van bevrijding (van welke ten deze geen sprake is), stilzwijgend opgesloten in de genoegzaam-verklaring van een geleverd bewijs? — JA.

I. Vonnis van 29 Dec. 1876, van den regter in het 4^e kanton Amsterdam, in zake Burgem. van Amst., ambtshalve, eischer tegen A. J. B., J. B. en ALIDA B., ged^n.

„Wij Kantonregter enz.;

„O. dat, nadat wij bij ons vonnis van 24 Dec. 1875, op

de gronden en motieven daarbij gesteld, ons hadden onbevoegd verklaard, om van het tusschen partijen hangende geschil kennis te nemen, die uitspraak, bij vonnis der arr.-regtb., Eerste Kamer, van 13 Junij 1876 is vernietigd, en de zaak naar ons ter beslissing is terug gewezen;

„O. verder, dat de eischer stelt: dat hij aan de ged^n heeft verhuurd een stuk grond gelegen binnen Amsterdam op het Bolwerk Westerbeer, kadaster sectie D, vroeger n° 6782, thans n^{is} 8388, 8389, 8539 en 8540, groot 4 aren (vk. roeden) en 58 centiaren (vk. ellen);

„dat die huur is aangegaan bij acte van 25 Oct. 1864 voor den tijd van 10 jaren, ingegaan 1 Mei 1865 en alzoo eindigende 30 April 1875; dat krachtens dat contract aan de ged^n de huur is opgezegd bij exploit van 30 Oct. 1874 door den deurwaarder W. Lepel;

„dat alzoo op 30 April 1875 de ged^n verpligt waren, het door hen gehuurde in voege voorschreven te ontruimen;

„dat echter de ged^n daarin zijn nalatig gebleven, concluderende hij alzoo daarom tot ontruiming van gemeld stuk grond door de ged^n, en tot het doen verwijderen van alle voorwerpen zich op den grond bevindende, met veroordeeling in de kosten;

„O., dat de ged^n daarop hebben gezegd, dat zij de huurovereenkomst, zooals die door den eischer wordt gesteld, niet ontkennen, evenmin dat de tusschen hen en den eischer bestaan hebbende huurovereenkomst is geëindigd; dat zij echter ontkennen dat het door hen gehuurde niet reeds vóór 30 April 1875 is ontruimd, en geheel ter beschikking van den eischer gesteld;

„dat het verschil tusschen hen en den eischer daarin bestaat:

„dat de eischer beweert, dat de grond, waarop vier huizen van hen ged^n staan, ook behoort tot den grond, door den eischer aan hen verhuurd, doch dat dit beweren is in strijd met de waarheid, concluderende zij alzoo tot ontzegging van den ingestelden eisch, *cum exp.*;

„O., dat de eischer daarop heeft gezegd, dat de gedn het verkeerdelijk doen voorkomen, als zou de grond waarop vier hun toebehoorende huizen staan, niet begrepen zijn in den grond, welken hij aan de gedn heeft verhuurd en deze van hem gehuurd hebben;

„dat dit beweren zijn grond vindt in eene verandering van kadastrale indeeling en nummering; dat hij echter verzocht alsnog te mogen bewijzen, dat die grond ook behoort tot den aan de gedn verhuurden grond;

„O. ten aanzien van het regt, dat de ingestelde vordering is die tot ontruiming, wegens geëindigde huur; dat tusschen partijen daarover geen verschil bestaat, doch hierover, of de gedn alles hebben ontruimd, wat zij van den eischer in huur hadden; dat toch, waar de gedn beweren, dat onder den door hen gehuurden grond niet is begrepen dat gedeelte, waarop hun toebehoorende perceelen staan, de eischer, zijnerzijds, daarentegen beweert dat ook dat gedeelte onder den door de gedn gehuurden grond is begrepen, en welk gedeelte de gedn zelve erkennen, niet te hebben ontruimd, en dat hij alsnog heeft verzocht, de juistheid van het door hem beweerde te mogen bewijzen;

„Gezien a. 1902 B.-W., a. 103 B.-R.;

„Alvorens ten principale regt te doen:

„Staan aan den eischer toe door alle middelen regtens te bewijzen:

„dat de gedn, naar aanleiding van het huur en verhuur-„contract meer grond hebben verkregen, dan zij hebben ont-„ruimd, want dat daaronder ook begrepen is de grond, waarop „de genoegzaam aangeduide vier huizen, thans in de wijkver-„deeling dezer stad gemerkt U U 27, 28 en 29, staan, dat zij „alzoo slechts gedeeltelijk hebben ontruimd den hun verhuurden „grond en wederregtelijk alzoo in het bezit van een gedeelte „van den hun verhuurden en opgezegden grond zijn ge-„bleven;„

„alles behoudens tegenbewijs.

„Bepalen dat de eischer dat bewijs zal hebben te leveren op onze teregtzitting van 6 Febr. 1877, des voormiddags ten half een ure;

„Reserveren de kosten tot op het eindvonnis.”

II. Vonnis der arr.-regtb. te Amst. dd. 31 Dec. 1877, tusschen den heer burgem. der stad Amst., ambtshalve, app. van een interlocutoir vonnis van het kngt. n° 4 aldaar van 29 Dec. 1876, en A. J. B. c. s., geintim^{n}.

„De arr.-regtb. enz.

„O. ten aanzien der feiten:

„dat de app. (oorspronkelijk eischer) bij het 4_e kngt., arrond. Amsterdam, na verkregen vergunning van den E. A. heer regter in voornoemd kanton, tegen de geintim^{n} (oorspronkelijk ged^{n}) eene vordering heeft ingesteld op verkorten termijn tot ontruiming van een stuk grond, gelegen binnen Amsterdam, op het bolwerk Westerbeer, kadaster sectie D, vroeger n° 6782, thans n^{is} 8388, 8389, 8539 en 8540, groot 4 aren 58 centiaren, nadat bij exploit van den deurwaarder W. Lepel, dd. 30 Oct. 1874 (geregistreerd) de tusschen partijen betreffende dit stuk grond bestaande huurovereenkomst, voor den tijd van 10 jaren, gesloten en ingegaan 1° Mei 1865, tegen 30 Apr. 1875 was opgezegd;

„O., dat voornoemde heer kntr. bij vonnis van 24 Dec. 1875 (geregistreerd) zich onbevoegd heeft verklaard, met veroordeeling van den eischer in al de kosten;

„O., dat bij vonnis der voormalige arr.-regtb. te Amsterdam, Eerste Kamer, dd. 10 Junij 1876 (geregistreerd), met vernietiging van bovenvermeld vonnis, de heer kntr. in het voormalig vierde kanton, arrond. Amsterdam, is bevoegd verklaard en de zaak naar Z. E. A. is teruggewezen, met bevel dat de tot dusver gevallen kosten, zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep, zullen komen ten laste van diegene der partijen, die,

bij het eindvonnis op de zaak, ten principale in het ongelijk zal worden gesteld;

„O., dat de heer kntr. voornoemd, na alsnu van de zaak, te hebben kennis genomen, bij interlocutoir vonnis dd. 29 Dec. 1876 (geregistreerd) den eischer *qq.* heeft toegestaan, door alle middelen regtens de bewijzen:

„dat de ged[n] naar aanleiding van het huur- en verhuur„contract, meer grond hebben verkregen dan zij hebben ont„ruimd, want dat daaronder ook begrepen is de grond, waarop „de genoegzaam aangeduide vier huizen, thans in de wijkver„deeling dezer stad gemerkt U U 27, 28 en 29, staan;

„dat zij alzoo slechts gedeeltelijk hebben ontruimd den hun „verhuurden grond en wederregtelijk alzoo in het bezit van een „gedeelte van den hun verhuurden en opgezegden grond zijn „gebleven,„ met reserve van kosten;

„O., dat de eischer *qq. tempore utili* in hooger beroep gekomen, tegen dit vonnis in hoofdzaak de volgende grieven heeft aangevoerd:

„dat tusschen partijen vaststaat, dat door den app. aan de predecesseuren der ged[n] is verhuurd een stuk grond, gelegen op het bolwerk Westerbeer, groot 4 aren 58 centiaren, en dat door den app. de vordering is ingesteld om dien grond te ontruimen, wegens geeindigde huur, die, ofschoon bij geschrift aangegaan, ten overvloede bij deurwaarders-exploit behoorlijk is opgezegd;

„dat door de ged[n] is aangevoerd, dat zij ontruimd hebben hetgeen zij in huur hebben ontvangen, doch tevens erkend dat zij nog in bezit zijn van vier huizen, gemerkt U U 27, 28 en 29, maar dat zij beweren die huizen *pro domino* te bezitten;

„dat echter, volgens het beweren van den app., de vier voornoemde huizen staan op kadaster sectie D, n° 6782, en zich derhalve bevinden op den gehuurden grond, waarvan de ontruiming wordt gevorderd, welk feit nog nader wordt be-

vestigd uit de scheiding der nalatenschap van Mej. G. C. S., 9 Apr. 1872 te Amsterdam voor den Notaris SCHOUTEN in tegenwoordigheid van getuigen gepasseerd, waarbij de kadastrale perceelen D no 8388, 8389 en 8390, allen te zamen vroeger n° 6782, aan de gedn worden getransporteerd, en mede wordt verklaard dat zij zijn gelegen aan het plantsoen bij de Willemspoort U U no 865, 866 en 867, welke laatstgenoemde nummers bij de nieuwe vernummering der stad in 1875, blijkens het register van de vernummering, zijn vervallen, en veranderd in no 27, 28 en 29;

„dat de gedn dan ook niet ontkennen, dat de vier genoemde huizen op den bij het kadaster sectie D, n° 6782 bekenden grond staan, maar het toch ook niet pertinent erkennen;

„dat, tengevolge van deze houding, de eischer meende, alsnog te moeten aanbieden het bewijs van dat feit, indien de kntr. onverhoopt oordeelde, dat door de overgelegde stukken dit bewijs nog niet was geleverd;

„dat echter, tengevolge van de defensie der gedn de kntr. aan den eischer het bewijs heeft opgelegd hierboven nader omschreven;

„dat de eischer in zijne Memorie van grieven dit interlocutoir van den heer kntr. heeft bestreden op de navolgende gronden (in de Memorie breedvoerig toegelicht):

„1o dat het opgelegd bewijs door den eischer niet was aangeboden;

„2o dat het niet kon aangeboden worden, omdat het niet te leveren is;

„3o dat de eischer nooit verpligt is dit bewijs te leveren;

„dat, aldus gaat de eischer voort in zijne Memorie van grieven indien de kntr. meende, dat alsnog behoorde te worden uitgemaakt of de gedn ontruimd hadden hetgeen aan hunne predecesseuren naar aanleiding van het huurcontract was geleverd, aan de gedn bewijslevering had behooren te worden opgelegd;

„dat, indien de geintimn (oorspronkelijke gedn) zooals zij

beweren, de meergenoemde huizen *pro domino* bezitten, het hun weinig moeite kosten zal daarvan in regten duidelijk te doen blijken;

„dat, indien men de zaak van alle nevenquaestien ontdoet, de eischer niets anders heeft te bewijzen dan dat hij verhuurd heeft, en dat het verhuurde niet is ontruimd;

„dat hij vermeent deze beide feiten te hebben bewezen uit het huurcontract en uit de erkentenis der geintim^n^ (oorspronkelijke ged^n^) in verband met het uittreksel uit den perceelsgewijzen kadastralen legger der gem. Amsterdam;

„dat hij echter, voor het geval dat de regtb. het noodig mogt oordeelen, hetzelfde bewijs aanbiedt, als van zijnentwege in de procedure voor den heer kntr. is aangeboden; — op welke gronden de eischer heeft geconcludeerd dat de regtb., met vernietiging van het hooger beroep en van het vonnis *a quo*, op nieuw regtdoende in hooger beroep, en alzoo in het hoogste ressort, aan den app. *qq.* zijne vordering zal toewijzen, met veroordeeling der geintim^n^ in de kosten;

„O., dat de geintim^n^ bij memorie van antwoord hunnerzijds hebben aangevoerd:

„dat het eigenlijk verschil tusschen partijen is de quaestie over den eigendom van dat gedeelte van het oude perceel sectie D, n° 6782, hetwelk door de geintm^n^ niet is ontruimd en ter beschikking van den app. *qq.* gesteld, als zijnde, volgens hunne meening, hun eigendom, gelijk zij er sedert onheugelijke jaren het civiel bezit als eigenaars van hebben, terwijl de gemeente Amsterdam meent ook daarvan eigenares te zijn;

„dat de ingestelde actie alleen mag beslissen over de persoonlijke verpligting van de geintim^n^ tot ontruiming;

„dat de grond dezer actie is de huurovereenkomst van 25 Oct. 1864 tusschen de auteurs van de geintim^n^ en de gemeente Amsterdam, voor den tijd van tien jaren aangegaan, welke huurovereenkomst door de gemeente is opgezegd;

»dat de geintim^n meenen aan hun pligt tot ontruiming te hebben voldaan door den grond, dien zij of hunne auteurs werkelijk van de stad in huur hebben ontvangen, op de gedane opzegging te hebben ontruimd en ter beschikking der gemeente te hebben gesteld, zich daarbij beroepende op het namens hen door den deurwaarder L. HILMAN op 13 Dec. 1875 uitgebragt exploit (geregistreerd);

»dat echter, volgens de meening van den app., geintim^n ook nog zouden moeten ontruimen de huizen, in de wijkverdeeling der gemeente gemerkt U U 27, 28 en 29, en dat, naar aanleiding van het ingesteld hooger beroep, de eenige regtsvraag deze is: zijn de geintim^n krachtens de huurovereenkomst van 25 Oct. 1864 verpligt ook die huizen te ontruimen?

»dat de geintim^n (oorspronkelijke ged^n) *a limine litis* hebben ontkend, dat de perceelen (huizen) waarvan de app. (oorspronkelijke eischer) de ontruiming vraagt, hun door den app. als verhuurd goed zijn geleverd;

»dat de app. in den grond nooit heeft ontkend, dat in dien stand van het geding de bewijslast op hem drukte;

»dat echter door het overgelegd huurcontract het bewijs niet geleverd wordt, want dat de huurovereenkomst wel bewijzen kan wat verhuurd is, en dus door den verhuurder als verhuurd goed moet geleverd worden, maar geenszins dat de verhuurder aan zijne verpligtingen heeft voldaan, evenmin als een koopcontract bewijst, dat het verkochte goed is geleverd;

»dat de regter *a quo* dan ook teregt aan den app. het nader bewijs der bovenvermelde daadzaak heeft opgelegd;

»dat de app. zeer goed weet, dat de grond, waarop de huizen staan, door de gemeente Amsterdam niet aan de geint^n in huur is geleverd, aangezien de geintim^n reeds het volledig tegenbewijs hebben geleverd;

»dat immers tusschen partijen is erkend (uitdrukkelijk door den app. in zijn tweede grief) dat de onderwerpelijke overeen-

komst niets is dan de continuatie van eene vroegere overeenkomst, tusschen de gemeente en de predecesseuren van de geintimn;

„dat bij deze vroegere huurovereenkomst het verhuurde op deze wijze wordt omschreven: „een stuk grond gelegen op het „Bolwerk Westermeer, Sectie D, gedeeltelijk nº 6782, voet„stoots groot 3 roeden 60 ellen„;

„dat de bedoeling van partijen, volgens den app. zelven, is geweest deze:

„dat de huurders zouden huren wat hun predecesseur in huur had gehad, te weten een gedeelte van nº 6782, waarvan de juiste grootte niet was bekend, hetgeen wordt bevestigd door de bewoordingen der latere acte: er is verhuurd een stuk grond, geen huizen, tegen denzelfden huurprijs van ƒ 18, die overeenkomt met de huurwaarde van den grond, niet van de huizen;

„dat wel in de huurovereenkomst van 1864 eene nieuwe omschrijving voorkomt van het verhuurde, doch, hetgeen *in confesso* is, niet omdat men de bedoeling had iets anders of iets meer te verhuren dan vroeger, maar dat de aanleiding is gelegen in de gebrekkige kadastrale omschrijving en kaartering der perceelen, die allen te zamen bekend stonden als één perceel, sectie D nº 6782, terwijl er niet minder dan vijf zijn, te weten: vier huizen, die naderhand herhaaldelijk zijn gesplitst en thans de nummers dragen D 8388, 8389, 8539, 8540 en een stuk grond op de kaart getrokken onder nº 8539 en niet afzonderlijk genummerd, welk stuk grond het terrein is door de geïntimn gehuurd en ontruimd;

„dat kadastrale omschrijving in burgerlijke zaken geen bewijskracht heeft, en zeker niet indien de omschrijving met de werkelijkheid in strijd is;

„dat, zoo de app. daaraan bewijskracht toekent, hij tevens den eigendom der geïntn erkent, die daarin als eigenaars voorkomen;

„dat evenwel de geïntn slechts beweren eigenaren te zijn van de door hen niet ontruimde huizen, welk beweren wordt bekrachtigd door de eigen handeling en erkenning van den app. bij zijne kennisgeving van 14 Dec. 1872, waarin hij erkent, dat bij de splitsing van het toenmalig perceel, sectie D, n° 8390 in twee perceelen n 8539 en 8540 de geintimn als mede-eigenaars belang hadden

„dat de geintn ten slotte hebben betoogd, dat uit de door hen overgelegde stukken voortvloeit, dat zij en hunne auteurs sedert eene reeks van jaren het civiel bezit hadden der huizen *pro domino;*

„dat zij hierdoor aantoonen, dat zij, teregt of te onregt bezittende alsof de zaak hun toebehoorde, die huizen niet hebben bezeten als huurders voor de gemeente Amsterdam;

„dat, indien de app. desniettegenstaande van zijn formeel regt wil gebruik maken en bewijs trachten te leveren, de geintn zich er niet tegen verzetten;

„op welke gronden de geintimn hebben geconcludeerd tot bevestiging van het vonnis *a quo*, met veroordeeling van den app. in de kosten van het hooger beroep;

„O. in regten:

„dat uit het door den app. (oorspr. eischer) overgelegd en door de geintn (oorspr. gedn) niet weêrsproken onderhandsch contract dd. 25 Oct. 1864 (geregistreerd te Amst. 29 Oct. 1864 voor *f* 0.61½) blijkt, dat tusschen Burg. en Weth. der stad Amsterdam, ter eenre, en de wed. G. B., geb. S., en de erven A. B., ter andere zijde, eene huurovereenkomst, is gesloten betreffende een stuk grond, gelegen op het bolwerk Westerbeer, kadaster Sectie D n° 6782, voor den tijd van tien jaren, ingaande 1 Mei 1865 en eindigende 30 April 1875, voor de som van *f* 13 jaarlijks;

„dat bij exploit van den deurwaarder W. Lepel dd. 30 Oct. 1874 (geregistreerd) de huur is opgezegd;

»dat de geintn beweren aan hunne verpligting tot ontruiming te hebben voldaan, onder anderen door wegneming van de schutting, die het stuk grond scheidde ten noorden, westen en zuiden van het plantsoen en ten oosten van den tuin, in gebruik bij de stads armenschool nº 3, zooals door de geintn bij exploit van den deurwaarder L. HILMAN dd. 13 Dec. 1875 (geregistreerd) is te kennen gegeven;

»dat daarentegen, — volgens het beweren van den app., — de geintimn niet geheel aan hunne verpligting tot ontruiming hebben voldaan;

»O., dat de geintn op wie (zooals *in confesso* is) en als erven A. B, en als erfgenamen van de weduwe J. B., geb. S., die 6 Febr. 1872 is overleden, al de regten en verpligtingen, die uit het bovenvermeld contract voortvloeijen, zijn overgegaan, hebben *erkend*, een gedeelte van het oude perceel sectie D nº 6782 (thans gesplitst) niet te hebben ontruimd, omdat, volgens hunne meening, dit deel hun eigendom is;

»dat, zooals tusschen partijen buiten geschil is, op dit gedeelte zich bevinden de huizen genummerd U U 27, 28, 29, en dat tusschen partijen *in confesso* is dat de geintn de beschikking over dit gedeelte gedurende het tijdperk verstreken tusschen 1 Mei 1865 en 1 Mei 1875 onafgebroken hebben gehad;

»O., dat — zooals de geintn teregt hebben opgemerkt — de eigendoms-quaestie in dit geding niet kan behandeld worden, maar alleen de vraag of de geintn al dan niet, overeenkomstig de vordering van den app. tot ontruiming zijn gehouden;

»O. dat de bewoordingen der overeenkomst duidelijk te kennen geven, dat de geintn hebben gehuurd een stuk grond, gelegen op het bolwerk Westerbeer, kadaster sectie D nº 6782;

»dat de uitlegging der overeenkomst in strijd met hare duidelijke bewoordingen op grond van een vroeger contract, gesloten 30 April 1855 tusschen Burg. en Weth. der stad Amsterdam ten eenre en den heer A. B. ter andere zijde (ge-

registreerd) en waarvan de overeenkomst van 25 Oct. 1864 de voortzetting zou zijn, niet is geoorloofd, te minder omdat de omschrijving en de opgegeven grootte der verhuurde oppervlakte in de beide overeenkomsten verschillen;

„dat het betoog der geintim$_n$ omtrent de onnaauwkeurigheid der kadastrale beschrijving en omtrent het gebrek aan bewijskracht van het kadaster in burgerlijke zaken, *in casu* niet is afdoende, omdat de partijen bij de omschrijving van het verhuurde stuk grond, met onderling goedvinden, de kadastrale beschrijving hebben gebezigd, en deze dientengevolge voor partijen als verbindend moet worden aangemerkt;

„dat alzoo de huurovereenkomst duidelijk aanwijst het onroerend goed, dat verhuurd is geworden;

„dat nu, wel is waar, de geint^n beweren, dat slechts een gedeelte van het oude perceel kadaster sectie D, n° 6782 in huur is *geleverd*, en dat, indien de app. de ontruiming van het geheele perceel vordert, op hem de bewijslast rust, dat het perceel in zijn geheel in huur is *geleverd;*

„dat echter voor de levering van verhuurd goed geene vormen zijn voorgeschreven, en dat de levering moet geacht worden te hebben plaats gehad, zoodra de huurder de beschikking over het gehuurde heeft verkregen;

„dat daarenboven, nu *in casu* de huur is afgeloopen zonder dat de geint^n, die zelve gedurende den tijd der huurovereenkomst, aan hunne verpligtingen hebben voldaan, en ter zake van beweerde wanpraestatie tegen den app, niet hebben geprocedeerd, zelfs niet hem *in mora* hebben gesteld, de app. behoort te worden geacht, aan de op hem rustende verpligtingen, met name de behoorlijke levering van het verhuurde goed, te hebben voldaan;

„dat er dientengevolge geen termen zijn om den app. deswege het leveren van *nader* bewijs op te leggen, nadat het vonnis *a quo*, waarbij de heer kntr. blijkens het door Z. E. A.

aan den app. opgelegd bewijs, het systeem der geintimn heeft aangenomen, behoort te worden vernietigd;

„O., dat de zaak in staat van wijzen is, en er dus termen bestaan, dat de regtb. de zaak aan zich trekke en in het hoogste ressort beslisse;

„O., dat, vermits de huurovereenkomst die tusschen partijen heeft bestaan, is bewezen en volledig ten uitvoer gelegd, de huur is opgezegd, afgeloopen en niet vernieuwd, en aangezien de geint[n] — zooals *in confesso* is — alsnog in het bezit zijn van een gedeelte van het stuk grond, hun op 25 Oct. 1864 verhuurd, met passering van het door den app. *casu quo* aangeboden bewijs, de door den app. (oorspronkelijken eischer) ingestelde vordering tot ontruiming, als behoorlijk gejustificeerd en op de wet gegrond, behoort te worden toegewezen;

„Gezien de a. 41 R.-O., 1874, 1378 sqq, 1586 1°, 1606, 1608, 1912 B.-W., 355, 356, 52, 53 3°, 616, 56 B.-R.;

„Doet te niet het appel en het vonnis *a quo;*

„En alsnu de zaak aan zich trekkende en in het hoogste ressort regtdoende;

„Verleent acte, voor zooverre acte is gevraagd;

„Passeert het door den app. nader aangeboden bewijs;

„Veroordeelt de geint[n] (oorspronkelijke gedaagden) om het stuk grond, gelegen binnen Amsterdam op het bolwerk „Westerbeer,” kadaster sectie D vroeger n° 6782, thans n° 8388, 8389, 8539 en 8540, groot 4 aren (vk. roeden) en 58 centiaren (vk. ellen) door hen geint[n] bezeten, te ontruimen en ter vrije beschikking van den app. (oorspronkelijken eischer) te stellen, op grond van behoorlijk opgezegde en buiten dien geëindigde schriftelijke huur;

„Magtigt den app. om de ged[n] daartoe te noodzaken, desnoods door het inroepen der sterke magt, en om alle voorwerpen, die zich op dien grond bevinden, te doen verwijderen;

„Verklaart dit vonnis uitvoerbaar op de minute, vóór de

registratie, mitsgaders bij voorraad, niettegenstaande cassatie, behoudens borgstelling, die binnen 8 dagen na de voorziening in cassatie moet worden aangeboden en binnen 8 dagen daarna aangenomen of betwist;

„Bepaalt, dat geene verdere formaliteit zal noodig zijn dan de vertooning der minute van dit vonnis aan de woonplaats der geint[n];

„Veroordeelt de geint[n] in de kosten der beide instantien, daaronder begrepen die, welke bij de vorige in deze zaak gewezen vonnissen zijn gereserveerd.”

Den 2n Febr. 1876 is ten verzoeke van A. J. B., J. B. en ALIDA B. bij deurwaarders-exploit aan den heer burgemeester van Amsterdam aangezegd, dat die req[n] instelden beroep van cassatie tegen het vonnis, door de arr.-regtb. te Amst. 31 Dec. te voren gewezen tusschen voorn. heer burgem., ambtshalve voor de gemeente opgetreden als app. van een kantonregters vonnis en hen (req[n]) als geïntim[n], en is voorts de heer burgem. gedagvaard om op 8 Mrt. 1878 te verschijnen voor de H.-R. der Ned., ten einde:

„A. de auteurs van de eischers i. c., in wier regten en pligten zij, gelijk *in confesso* is, optreden, in den jare 1864 hebben gehuurd van de gemeente Amsterdam, vertegenwoordigd door den ged. i. c., een stuk grond gelegen op het bolwerk Westerbeer, kadastraal sectie D, no 6712, groot 4 roeden, 58 ellen;

„A. deze overeenkomst, gelijk tusschen partijen is *in confesso*, (zie het slot der memorie van grieven van den ged. i. c., processtukken no 24 N II) niets is dan een voortzetting van een vroegere van den jare 1855, waarbij de omschrijving van het gehuurde luidt: „een stuk grond gelegen op het bol„werk Westerbeer ten Zuiden van de molen de Beer, sectie D, „gedeeltelijk 6782, voetstoots groot drie roeden, zeventig ellen;”

„A. na geëindigden huurtijd de eischers in cassatie den grond, die hun of hunnen auteurs door den ged. in cassatie in huur

was geleverd, hebben ontruimd, hetgeen overeenkwam met de omschrijving van de huurovereenkomst van 1855;

„A. de ged. i. c., daarmede niet te vreden, heeft gevorderd, dat de eischers i. c. zouden ontruimen al hetgeen begrepen was in de kadastrale omschrijving van het contract van 1864;

„A. de eischers i. c. dit hebben geweigerd, op grond dat de houders, na geëindigde huur, niets meer hebben te ontruimen en ter beschikking van den verhuurder te stellen dan hetgeen door hen in huur is ontvangen;

„A. de eischers i. c. daarop door den ged. zijn gedagvaard voor den bevoegden kntr. tot ontruiming van het geheele kadastrale perceel sectie D 6782, ter grootte van 4 roeden, 58 ellen;

„A. de eischers i. c. zich tegen die vordering hebben verweerd, op grond van het aangevoerde, en dus door den feitelijken grondslag der tegen hen ingestelde actie — de niet-ontruiming van het in huur geleverde — te ontkennen, daarbij aanvoerende: dat zij door de door hen overgelegde stukken reeds het tegenbewijs hadden geleverd van dien feitelijken grondslag, „dat zij dit geheel perceel bezaten als huurders," welke grondslag door den eischer (ged. in cassatie) zou moeten bewezen worden, blijkende uit die stukken, *dat zij dit overige reeds op het tijdstip der gesloten huurovereenkomst bezaten pro domino, gelijk zij het nog bezitten;*

„A. de kntr. alstoen bij vonnis van 29 Dec. 1876 (prod. n° 25) den ged. in cassatie heeft opgelegd te bewijzen: „dat de „gedn, naar aanleiding van het huur- en verhuurcontract, meer „grond hebben verkregen, dan zij hebben ontruimd, want dat „daaronder ook begrepen is de grond, waarop de genoegzaam „aangeduide vier huizen (thans in de wijkverdeeling der stad „gemerkt 181, 27, 28 en 29) staan; dat zij alzoo slechts ge- „deeltelijk hebben ontruimd den aan hen verhuurden grond en „wederregtelijk alzoo in het bezit van een gedeelte van den

„hun verhuurden en opgezegden grond zijn gebleven, alles be-„houdens tegenbewijs.„

„A. de ged. i. c. in plaats van te trachten dit bewijs te leveren, daarvan is gekomen in hooger beroep voor de arr.-regtb. te Amsterdam;

„A. deze na gehouden *litis contestatie* bij vonnis van 31 Dec. 1877, waartegen deze cassatie is gerigt, het vonnis *a quo* heeft vernietigd, en, de zaak aan zich trekkende, den oorspronkelijken eischer *qq.*, ged. i. c., de ingestelde vordering heeft toegewezen, en zulks op grond:

„dat de bewoordingen der overeenkomst, duidelijk zijnde, „niet mogen worden uitgelegd door verwijzing naar een vroegere „overeenkomst, zoodat tusschen partijen vaststaat, dat het ge-„heele kadastrale perceel was verhuurd, en dat er nu geen „termen zijn om den oorspronkelijken eischer, gelijk de kntr. „gedaan had, eenig nader bewijs op te leggen, daar de levering „voor welke geen vormen zijn voorgeschreven, moet geacht „worden te hebben plaats gehad zoodra de huurder de beschik-„king over het gehuurde heeft verkregen, terwijl, nu de huur „is afgeloopen zonder dat de huurders hadden geprotesteerd, „de verhuurder moet geacht worden aan zijne op hem rustende „verpligtingen te hebben voldaan;„

„A. die redenering niet alleen logisch onjuist schijnt, daar (evenals bij koop) uit de overeenkomst wel voortvloeit wat men verpligt was te leveren, niet dat men aan die verpligting voldaan heeft, en uit de berusting van den huurder alleen volgt, dat hij zijn actie verwerkt heeft, niet dat zijne verpligtingen vergroot zijn, maar ook in strijd met de wet;

„A. immers, naar de bescheiden meening van de eischers i. c., daardoor zijn geschonden, immers verkeerd toegepast:

„1° a. 1902 in verband met a. 1586, n° 1, B.-W., daar de verhuurder, stellende dat het door hem verhuurde werkelijk is geleverd, en dus na geëindigden huur door den huurder moet

worden ontruimd, bij ontkentenis van den huurder van dit feit, dat behoort te bewijzen, en

„2° a. 59 B.-R.; a. 156 Grw., a. 20, laatste al., R.-O., in verband met a. 1902 B.-W., daar de regter in hooger beroep, de zaak tot zich trekkende, had moeten beslissen over het door de oorspronkelijke ged[n] geleverd tegenbewijs, waarop, blijkens de laatste al. der feitelijke beslissing van het vonnis *a quo*, zij zich hebben beroepen, en hetgeen in de regtsoverwegingen en beslissing van het vonnis *a quo* geheel is geïgnoreerd;

„Mitsdien, bij arr. van den H.-R. der Ned., te hooren vernietigen op het eerst aangevoerd *middel* het vonnis *a quo*, en, doende wat de regter had behooren te doen in hooger beroep, alsnog te hooren bevestigen het vonnis van den kntr. te Amsterdam, waarvan appel, met veroordeeling van den ged. in cassatie in de kosten van hooger beroep en cassatie; en subsidiair, voor het geval de H.-R. het *eerste middel* mogt ongegrond vinden, te hooren vernietigen het vonnis *a quo* en de zaak te hooren verwijzen daar en waar het behoort, om, met inachtneming van de door den H.-R. te geven beslissing, verder te behandelen, met veroordeeling van den verw. in de kosten van cassatie."

Voor den verw. i. c. (den burgem. van Amsterdam) is de volgende conclusie genomen:

„A. als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1902 in verband met a. 1586 B.-W., daar de verhuurder, stellende dat het door hem verhuurde werkelijk is geleverd, en dus na geëindigde huur door den huurder moet worden ontruimd, bij ontkentenis van den huurder van dit feit, dat behoort te bewijzen;

„A. uit het vonnis blijkt, dat het tusschen partijen gerezen geschil — of de tusschen partijen aangegane huurovereenkomst van Oct. 1864 omvatte als verhuurd den *geheelen* grond, kadastraal bekend als perceel n° 6782, en mitsdien ook *dat*

deel van dien grond, hetwelk de eischers in gebreke gebleven waren te ontruimen — is beslist in het nadeel der eischers, en deze tegen die, trouwens feitelijke beslissing in cassatie niet opkomen;

„A. voorts eveneens uit het vonnis blijkt, dat de eischers bovendien van den verw. vergden het bewijs dat de bewuste grond, welks huur en verhuur thans vaststond, ook aan de huurders was *geleverd*, en zij eischers zich thans beklagen, dat de regtb. den verw. ten onregte van dat bewijs zou hebben ontslagen;

„A. de eischers daarbij intusschen vergeten, dat slechts van *nader* bewijs de verw. door den regter is verschoond, en zulks omdat de regter door de ten processe aanwezige vermoedens reeds *bewezen oordeelde* wat de eischers verlangden nog nader bewezen te zien;

„A. het *middel* derhalve zijn feitelijken grondslag mist, en de eischers niet beweren, dat vermoeden-bewijs *in casu* was uitgesloten;

„A. bovendien de geheele stelling, waarvan het *middel* uitgaat, is ongegrond, vermits, waar de ged. op de actie tot ontruiming zijne detentie of zijn bezit niet ontkent, en waar vaststaat, dat het pand in quaestie hem door den eischer is verhuurd, de vraag of de verhuurder zijne verpligtingen ex a. 1586 B.-W. is nagekomen, ter beslissing van de vordering tot ontruiming niet te pas komt;

„A. als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 59 B.-R., a. 156 Grw., a. 20, laatste al., R.-O., in verband met a. 1902 B.-W., daar de regter in hooger beroep, de zaak tot zich trekkende, had moeten beslissen over het door de oorspronkelijke gedn geleverd tegenbewijs, waarop, blijkens de laatste al. der feitelijke beslissing van het vonnis *a quo*, zij zich hebben beroepen, en hetgeen in de regtsoverwegingen en beslissing van het vonnis *a quo* geheel is geïgnoreerd;

"A. niet regt duidelijk is, welk geleverd tegenbewijs de eischers hier op het oog hebben;

"A., zoo zij daarmede bedoelen hunne eigendomspretentien, dan elke klagt overs 's regters voorbijgaan van die weer hun zou ontvallen, daar zij, blijkens het vonnis, zelve den regter hebben voorgehouden, dat de eigendoms-quaestie in dit geding niet kon worden behandeld;

"A., zoo met het geïgnoreerde tegenbewijs is bedoeld de bewering van te zijn civiele bezitters, de regtb. *dat* tegenbewijs kennelijk niet zeer sterk heeft bevonden, daar zij besliste, dat de grond, die dan *civiliter* zou moeten zijn bezeten, door de eischers van den verw. was *gehuurd* bij het ten processe bekende contract, ja zelfs aan de eischers als *huurgoed* was geleverd, volgens de bij het vonnis aangenomen vermoedens;

"A. bovendien, welk tegenbewijs de eischers bij hun *tweede middel* ook op het oog hebben, nergens, bepaaldelijk niet in de aangehaalde wetsa., den regter de verpligting is opgelegd om uitdrukkelijk zich te verklaren omtrent de mérites van elk door eene der partijen ondernomen tegenbewijs;

"A. derhalve de beide *middelen* zijn ongegrond;

"Zoo concludeert Mr. B. M. VLIELANDER HEIN, als vertegenwoordigende den verw. i. c. ambtshalve, dat, bij 's H.-R^s^ te wijzen arr., de ingestelde voorziening zal worden verworpen, met veroordeeling der eischers in de kosten."

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. SMITS, de volgende conclusie genomen:

"Als *eerste middel* is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 1902, in verband met a. 1586, n° 1, B.-W., daar de verhuurder, stellende dat het door hem verhuurde werkelijk is geleverd, en dus na geëindigde huur door den huurder moet worden ontruimd, bij ontkentenis van den huurder van dit feit, dat behoort te bewijzen.

"Uit het *middel* zou men opmaken, dat de regtb. het niet

noodig had geoordeeld, dat bewezen werd, dat het verhuurde aan den huurder was geleverd, of wel dat bewijs van een ander dan den verhuurder had gevorderd. Noch het een noch het ander is echter het geval. In het 6e lid van de 10e overw. neemt de regtb., op de daar opgegeven gronden, de behoorlijke levering als vaststaande aan, en oordeelt het daarom in het volgende lid onnoodig deswege het leveren van *nader* bewijs aan den verhuurder op te leggen.

„Het *middel* mist dus zijn feitelijken grondslag.

„Het *tweede middel* heet: schending of verkeerde toepassing van a. 59 B.-R., a. 156 Grw., a. 20, laatste lid, R.-O., in verband met a. 1902 B.-W., daar de regter in hooger beroep de zaak tot zich trekkende, had moeten beslissen over het door den oorspronkelijken ged. geleverd tegenbewijs, waarop blijkens de laatste al. der feitelijke beslissing van het vonnis *a quo* zij zich hebben beroepen, en hetgeen in de regtsoverwegingen en beslissing van het vonnis *a quo* geheel is geïgnoreerd.

„Ook dit *middel* kan niet opgaan. Volgens de daarbij aangehaalde a. schijnt het de bedoeling te zijn over het gebrek aan motivering te klagen. Maar bij inzage van het vonnis, waartegen cassatie, blijkt het, dat het zoowel wat de feiten, als wat het regtspunt betreft, tal van motieven bevat.

„Of die beweegredenen juist, of zij volledig zijn valt bij eene klagte over gebrek aan motivering niet te onderzoeken.

„Bepaaldelijk wordt bij de gemelde a. niet gevorderd de vermelding en wederlegging van al het door partijen aangevoerde. Dit is de constante jurisprudentie van den H.-R. Men zie de arrn van 25 Nov. 1859, 18 Dec. 1874 en 30 Apr. 1875 (v. D. HON, *B.-R.* XXIII, 413; XXXIX, 620 en XL, 253; *N. Rspr.* LXIII, 191; CVIII, 292 en CIX, 352).

„Ik heb derhalve de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als *eerste middel* v. c. is voorgesteld: schending, immers verkeerde toepassing van a. 1902 in verband met a. 1586, n° 1, B.-W., daar de verhuurder, stellende dat het door hem verhuurde werkelijk is geleverd, en dus na geeindigde huur door den huurder moet worden ontruimd, bij ontkentenis van dit feit, dat behoort te bewijzen;

„O., dat bij dit *middel* wordt uitgegaan van de veronderstelling dat bij het beklaagde vonnis, waarbij wordt toegewezen de vordering tot ontruiming wegens verstreken huurtijd van zeker in de dagvaarding omschreven perceel, — zonder bewijs zou zijn aangenomen de door de gedaagde huurders ontkende omstandigheid, dat een gedeelte van datzelfde perceel, hoewel in de vordering tot ontruiming mede begrepen, mede zou zijn geleverd door den verhuurder;

„O., dat die veronderstelling is onjuist;

„O. toch, dat bij het beklaagde vonnis de omschrijving van het perceel, waarvan de ontruiming is gevorderd, is getoetst aan de omschrijving van het bij huurovereenkomst vermelde perceel, en uit bezit daarvan bij den huurder en andere omstandigheden, in het vonnis omschreven, mitsdien op grond van vermoedens, de levering van het geheele perceel als bewezen is aangenomen, weshalve de regtb. dan ook uitdrukkelijk uit dien hoofde het onnoodig heeft geacht het leveren van *nader* bewijs daarvan op te leggen;

„O., dat het *eerste middel* alzoo zijn feitelijken grondslag mist, en bijgevolg is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* v. c. is aangevoerd: schending of verkeerde toegepassing van a. 59 B.-R.; a. 156 Grw., a. 20, laatste al., R.-O. in verband met a. 1902 B.-W., daar de regter in hooger beroep de zaak tot zich trekkende had moeten beslissen over het door de oorspronkelijke ged^n geleverd tegenbewijs, waarop, blijkens de laatste al. der feitelijke beslissing van het vonnis *a quo*, zij zich hebben beroepen, en hetgeen

in de regtsoverwegingen en beslissing van het vonnis *a quo* geheel is geïgnoreerd;

»O. te dien aanzien, dat het beklaagde vonnis bevat de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het regtspunt, ieder afzonderlijk, betreft, en de beslissing;

»O., wat de motivering betreft, dat in het vonnis de gronden worden opgegeven, welke den regter hebben geleid tot de slotsom dat de vordering tot ontruiming, als behoorlijk gejustificeerd en op de wet gegrond, behoort te worden toegewezen;

»O., dat alzoo vormelijk aan de voorschriften der wet is voldaan, en bij de wet niet is voorgeschreven ook de gronden op te geven, waarom de regter zich niet heeft kunnen vereenigen met de gronden tot tegenspraak aangevoerd, terwijl ook de gronden voor de ongenoegzaamheid van een beweerd geleverd bewijs, enkel strekkende tot tegenspraak der genoegzaamheid van het bewijs, en niet tot staving van eenig middel van bevrijding, van welk laatste ten deze geene spraak is, stilzwijgend zijn opgesloten in de genoegzaam-verklaring van een geleverd bewijs;

»O., dat bij gevolg ook het *tweede cassatie-middel* is ongegrond;

»Verwerpt de voorziening; veroordeelt de eischers in de kosten.»

N° 1617. — Arrest van 18 Dec. 1878.

(A. 711, 722, 734 K.)

Is onder de woorden: »opmaken der schade buiten's lands» in a. 711 K. alleen te verstaan het constateren van het schadecijfer en geenszins eene regeling der bepaling van het voorwerp, hetwelk de schade of de kosten te dragen heeft, zooals in a. 722 jo 734, laatste al., K., uit-

sluitend met betrekking tot de avarij-grosse gevonden wordt? — Ja.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

»Het schip *Sunda* heeft op zijn reis naar Melbourne avarij bekomen en dientengevolge te Soerabaija moeten lossen en repareren.

»Nadat het daarna te Melbourne was aangekomen, is aldaar, door de daartoe bevoegde magt opgemaakt eene averij-dispache, waarbij niet alleen is bepaald welke avarij als avarij-grosse moest worden omgeslagen, maar ook welke als bijzondere avarij, door schip, vracht of lading afzonderlijk moest worden gedragen.

»De berekening en verdeeling geschiedde naar de te Melbourne vigerende Engelsche wetgeving, en dit had ten gevolge, dat een schadebedrag van *f* 23523.36, hoofdzakelijk bestaande uit kosten in de noodhaven gemaakt tot wederinscheping der lading, loodsgelden en aandeel in de bodemerij-premie, die volgens de bepaling van ons a. 699 K. als gemeene avarij moest worden omgeslagen, is gebragt ten laste van vrachtpenningen, terwijl eene andere schade van *f* 9153.60 wegens kost- en maandgelden in de noodhaven, die eveneens, volgens ons regt, als gemeene avarij wordt aangemerkt, ten eenenmale buiten aanmerking is gebleven, als stellende, volgens Engelsch regt, geen avarij daar.

»Deze posten nu zijn door de eischers, vertegenwoordigende de reederij van de *Sunda*, van de verw^sse, als verzekeraarster van de bruto vrachtpenningen, teruggevorderd.

»Naar aanleiding van de verdediging van de assuradeurs werd bij het bekl. arrest beslist, dat, daar Melbourne was de bestemmingsplaats van het schip, het aldaar geldend regt, en niet het Nederlandsch regt moest beslissen wat als avarij-grosse moest worden omgeslagen; dat a. 722 K. echter alleen spreekt van berekening en verdeeling van avarij-grosse, ter plaatse

waar de reis eindigt, en dus door de vreemde dispache niet kan worden uitgemaakt door wie de schade, die volgens de vreemde wet niet als avarij-grosse kan worden omgeslagen, moet worden gedragen; dat a. 711 bepaaldelijk ook die bevoegdheid niet geeft, daar dit alleen betrekking heeft op het vaststellen van het schadecijfer en niet op het bepalen door welke der verzekerde objecten de schade moet worden gedragen.

»Naar deze beschouwing verkeerden de vermelde schadeposten, ofschoon de 1e in de dispache was vermeld, in geheel denzelfden toestand, nl. alsof daarvan geheel bij de verdeeling der avarij was gezwegen, en de vraag rees of die beide punten, nu zij ten gevolge der te Melbourne opgemaakte avarij-grosse niet als gemeene avarij konden worden vergoed, ten laste der vrachtpenningen konden worden gebragt.

»De redenering van het Hof dienaangaande komt, geloof ik, hierop neder. Avarij is altijd avarij, ook voordat zij is omgeslagen als avarij-grosse. Zij blijft ten laste van het beschadigde voorwerp alleen, als de omslag in avarij-grosse niet andere objecten doet mededragen.

»Nu de schade, die hier terug gevorderd wordt en die volgens onze wetgeving is avarij-grosse, door de buitenlandsche dispache niet als zodanig wordt beschouwd, moet die alleen gedragen worden door het object, waaraan die regtstreeks en *primario* is veroorzaakt. Wanneer een mast is gekapt, wanneer er lading is geworpen tot gemeen behoud of ten gemeenen nutte van schip en lading, dan is het buiten kijf in het eerste geval het schip, en in het tweede geval de lading die regtstreeks en *primario* is beschadigd, en wanneer de buitenlandsche wetgeving, die vigeert ter plaatse van het opmaken der dispache, niet dulde die schade als avarij-grosse om te slaan, dan kon het niet twijfelachtig zijn waar de schade bestond, die bleef dan drukken op het schip of de lading alléén en zou door de assuradeurs van die voorwerpen moeten vergoed worden. Om

dus de onkosten, waarover geschil, van de assuradeurs van bruto vrachtpenningen te kunnen terug vorderen, zal moeten vaststaan, dat door die onkosten regtstreeks en *primario* zijn getroffen die vrachtpenningen, en de vraag of dit het geval is beantwoordt het Hof ontkennend op twee gronden. De eerste is deze, dat onze wetgever aan geene bijzondere avarij in den zin van buitengewone onkosten ten dienste der vrachtpenningen gedacht heeft en er alleen van particuliere schade van de vracht kan sprake zijn als ten gevolge van zee-evenement geen volle vracht is verdiend, dat ten deze het geval niet is, hetgeen wordt opgemaakt uit de bepalingen van de a. 698 en 701, n° 7, K.

„*Bovendien*, zegt het Hof (en dit is de tweede grond) dat, al zou men kunnen aannemen dat ook aan bijzondere avarij ten laste der vrachtpenningen kan worden gedacht, dan (wat de eerste post betreft, overw. 31) er nog geen afdoende grond bestaat om de bedoelde onkosten aan te merken als uitsluitend ten behoeve der vrachtpenningen gemaakt, en (wat het 2e punt betreft, overw. 34) dat niet kan worden aangenomen, dat door de daaronder begrepen uitgaven uitsluitend de vrachtpenningen zijn bezwaard. Tegen ieder der beide stellingen van het Hof wordt een *cassatie-middel* gerigt.

„Door de eerste stelling, dat volgens onze wetgeving geene bijzondere avarij ten laste der vrachtpenningen, in den zin van bijzondere onkosten denkbaar is, worden gezegd geschonden of verkeerd toegepast te zijn de a. 593, 616, 246, 637, 696, 698 en 701 K. in verband met a. 711, 720 en 724 *ibidem*.

„Wij verkeeren hier in het cassatie-proces. Het is mogelijk, dat de handels-usance sommige buitengewone onkosten beschouwt als *primario* en regtstreeks te drukken de vrachtpenningen, ik zoude dit eenigzins opmaken uit de verklaring sub n° 10 van den inventaris, door de verwerende firma zelve overgelegd, maar het is hier de vraag slechts, wraakt de wet de stelling

van het Hof, of nog liever, wordt die door de in het *middel* aangehaalde a. afzonderlijk of in verband beschouwd, weersproken?

„En dan merk ik al dadelijk op, dat de vier eerste a. van het *middel*, die op de assurantie betrekking hebben, slechts zeer zijdelings de quaestie raken. Niemand spreekt tegen, dat de verzekeraar zich verbindt den verzekerde schadeloos te stellen, dat er ook assurantie bestaat van vrachtpenningen, dat die tot hun vol beloop kunnen worden verzekerd, en dat ten laste van den verzekeraar zijn alle schaden aan het verzekerde voorwerp toegebragt. Hier is toch alleen de vraag in overweging of er schade aan het verzekerde object is toegebragt. He betreft hier eene vraag naar *avarij*, niet naar *assurantie*.

„De assuradeur staat achter den beschadigde.

„Eerst als er vaststaat, dat er schade is, kunnen de a. omtrent assurantie in aanmerking komen, maar uit de bepalingen omtrent verzekering kan men niet opmaken of er schade, of er avarij bestaat.

„Wat de overige a. betreft, alleen de a. 696, 698, al. 3 en 701, nº 7, K. kunnen gezegd worden ten deze door het Hof te zijn toegepast, en ten aanzien van deze kan men zich alleen over verkeerde toepassing beklagen.

„A. 696 noemt avarij alle buitengewone onkosten ten dienste van het *schip* en de *goederen* gezamenlijk of afzonderlijk gemaakt, alle schade, die aan het *schip* of de *goederen* overkomt, maar zwijgt van buitengewone onkosten ten dienste van en schade overkomen aan *vrachtpenningen*.

„Na in het 3e lid van a. 698 te hebben bepaald, dat de omslag der avarij-grosse plaats heeft over het *schip* en de *vrachtpenningen* en de *lading*, wordt weer door den wetgever geen melding gemaakt van de *vrachtpenningen*, bij de bepaling ten wiens laste de bijzondere avarij komt, maar enkel van het *schip* en het *goed*.

„Hetzelfde stilzwijgen omtrent de *vrachtpenningen* treft men

aan in n_0 7 van a. 701, waar bijzondere avarijen in het algemeen worden omschreven.

„Waarom dat niet vermelden van de *vrachtpenningen* bij al die wetsbepalingen, dan omdat buitengewone onkosten, enkel gemaakt om *vracht* te verdienen, bijna ondenkbaar zijn, of althans de wetgever zich die niet gedacht heeft.

„Nu wordt wel tegengeworpen, dat in die a. geen melding wordt gemaakt van bijzondere avarij op de *vracht*, omdat die a. zouden overgenomen zijn uit den Franschen *Code de C.*, die, in tegenstelling met onze wetgeving, geene assurantie op de *vrachtpenningen* toeliet (a. 347), maar men vergat daarbij al weder dat het hier geen vraag geldt van *assurantie*, maar van *avarij*. En uit het verbod van assurantie der *vracht zelve* blijkt, dat men beschadiging der vrachtpenningen erkende, zooals dan ook de vrachtpenningen onder het Fransche regt evenzeer deelen in de avarij als bij ons, ofschoon dan ook in eene andere verhouding (a. 401).

„Het is zeker, bij de wet had kunnen bepaald worden, dat zeker soort van onkosten werd geacht speciaal te rusten op de vrachtpenningen, dit is echter niet geschied, en dat, niettegenstaande de regering er nog opmerkzaam op is gemaakt, dat het zaak zoude zijn te bepalen, welke bijzondere avarij moest komen ten laste van de lading, welke ten laste van het schip, en welke ten laste van de vracht (zie VOORDUIN, X, bl. 483 I).

„Gesteld echter, dat de beslissing van het Hof, welke bij het *eerste middel* wordt aangevallen, door de bovenvermelde toegepaste a. niet werd goed gemaakt, dan nog zoude er geene aanleiding tot cassatie zijn, indien niet werden aangegeven de wetsbepalingen, waaruit de onjuistheid van de beslissing bleek; als er toch geene wetschennis tevens plaats heeft, kan eene verkeerde toepassing der wet niet tot cassatie leiden (Conf. DALLOZ, *Rep.*, voce *Cassation* n° 1357).

„Welke der aangehaalde a. toonen nu aan, dat het tegenovergestelde van de stelling van het Hof waar is en dat dus onze wetgeving bijzondere avarij op de vrachtpenningen erkent?

„Deze a. zouden alsdan geschonden zijn.

„Voorzeker doen dit niet de besprokene a. 696, 698 en 701 K., die het Hof toepaste, evenmin a. 711, dat wel van particuliere avarij spreekt, maar alleen om te bepalen hoe de schade moet worden opgemaakt, terwijl de a. 720 en 724 K. volstrekt geene betrekking hebben op particuliere avarij, maar alleen op avarij-grosse. Geen der aangehaalde a. kan dus aanleiding geven tot omverwerping van de stelling in het arrest vervat.

„Maar al ware het *eerste middel* gegrond en de beslissing van het Hof, dat de wetgever niet aan bijzondere avarij ten laste der vrachtpenningen heeft gedacht, onjuist, dan nog blijft de beslissing van het Hof over, dat er geen afdoende grond bestaat om de in beide posten bedoelde onkosten aan te merken, als uitsluitend ten behoeve der vrachtpenningen gemaakt, en dat dus die vrachtpenningen daardoor zijn bezwaard.

„Door die beslissing beweert men bij het *tweede middel*, dat geschonden of verkeerd toegepast zijn de bij het vorige *middel* ook reeds aangehaalde a. 598, 246 en 637 K., in verband met de a. 616 en 711 *ibidem*.

„Ik herinner, dat de hier bedoelde onkosten bij ons in avarij-grosse worden omgeslagen. Nu dit niet was geschied heeft de *judex facti* onderzocht welk object daardoor feitelijk was beschadigd en op welk object die kosten dus nu geheel bleven kleven. En het resultaat van dit m. i. feitelijk onderzoek is geweest, dat dit niet de vrachtpenningen waren, zooals beweerd werd.

„Mij dunkt in cassatie is tegen die beslissing weinig in te brengen. In ieder geval wordt die niet gewraakt door de aangehaalde a. De vier eerste a. doen weder weinig ter zake. Zij

hebben betrekking tot de assurantie, maar daaruit is volstrekt niets op te maken over de vraag die ons thans bezig houdt, of zekere kosten als avarij en wel als bijzondere avarij op de vracht drukken. Blijft over a. 711 K.

»Er is hier sprake van tweeërlei posten.

»De eerste betreft kosten in de noodhaven gemaakt tot wederinscheping der lading, loodsgelden en aandeel in bodemerijpremie.

»Deze post is, zooals ik reeds zeide, bij de buitenlandsche dispache gebragt als avarij particulier ten laste van de vracht, en door de vermelding van a. 711 schijnt men zijdelings te willen opkomen tegen de anders onbestreden stelling van het Hof, dat door de vreemde dispache niet kan worden uitgemaakt, door wie de schade, die volgens de vreemde wet niet in avarij-grosse kan worden omgeslagen, moet worden gedragen. Nu bepaalt a. 711 wel, dat bij de *begrooting* van de bijzondere avarij buiten 's lands worden gevolgd de aldaar bestaande wetten, maar daaruit volgt volstrekt niet, dat tevens de buitenlandsche wet zal beslissen op welk object die avarij zal verhaald worden. De begrootte schade blijft kleven aan het voorwerp, dat die leed.

»En wat de tweede schadepost betreft, kost- en maandgelden in de noodhaven, die bij de dispache geheel buiten aanmerking bleef, daarmede heeft het a. zeker niets te maken.

»In geen geval kan de bepaling van dat a. omverwerpen de beslissing, dat niet blijkt, dat door de onkosten bij de beide posten bedoeld, de vrachtpenningen beschadigd zijn.

»Ik moet hierbij nog opmerken, dat de a. 617 en 727 K., waaruit in dit proces vroeger werd geredeneerd, om aan te toonen, dat de gagiën onkosten waren die in betrekking stonden tot de vrachtpenningen, bij de *cassatie-middelen* niet zijn ter sprake gebragt. Bij mijne beschouwing van de zaak acht ik het niet noodig stil te staan bij den grond nog bovendien door de

verwerende firma aangevoerd om het dictum van het arrest te verdedigen, welke grond ook reeds door hem was verdedigd voor den *judex facti*, nl., dat de afwijzing van de vordering noodzakelijk was, omdat die uitging van eene vreemde dispache, die ook *quoad materiam* is opgemaakt naar het vreemde regt, wat in strijd zou zijn met onze wet, die wel in a. 724 K. het voorschrift *locus regit actum* op de regeling in de vreemde haven toepast, doch overigens aan het Ned. regt de beslissing der materie laat, m. a. w. door ons regt zou willen uitgemaakt zien wat op een Ned. schip is avarij-grosse.

»Ik vermeen ten deze te moeten concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van de eischers in de kosten.»

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

»O. dat de eischers tegen het arr. van het geregtshof te 's Gravenhage op 11 Oct. 1878 tusschen de verw^{sse} als app. en de eischers als geint^{n} gewezen, hebben voorgesteld een tweeledig *middel* van cassatie:

»in de *eerste* plaats: schending of verkeerde toepassing van de a. 693, 616, 246, 637, 696, 698 en 701 K., in verband met de a. 711, 722 en 724 van dat wetboek, omdat bij het arr. is aangenomen dat vrachtpenningen niet aan bijzondere avarij wegens gemaakte onkosten kunnen onderhevig zijn; en

»in de *tweede* plaats: schending der voormelde a. 593, 246 en 637 j^{s} a. 616 en 711 K., door de beslissing, dat, al kon men aannemen, dat bijzondere avarij ten laste der vrachtpenningen denkbaar is, dan nog geen grond bestaat om de bedoelde onkosten aan te merken als ten behoeve der vrachtpenningen te zijn gemaakt;

»O. dat, vermits het Hof de zaak uit twee verschillende, geheel zelfstandige gezigtspunten heeft beschouwd, waarvan elk tot de ontzegging van de vordering der eischers moest leiden, mitsdien tot de vernietiging van het arr. wordt vereischt, dat de beschouwingen van het Hof in beide opzigten met de wet

in strijd, en dus het *middel* in zijne twee onderdeelen gegrond worde bevonden;

„O., dat echter, wat ook zij van het eerste onderdeel, in allen gevalle het *middel* in zijn tweede onderdeel is ongegrond:

„O., dat dit is gerigt tegen de overw., waarbij het Hof, na te hebben geoordeeld dat de wetgever ten aanzien van gemaakte onkosten, niet aan avarij-particulier op de vracht zou hebben gedacht, — welke alleen dan zoude bestaan, wanneer de verzekerde ten gevolge van zee-evenementen, de volle bedongen vracht niet had ontvangen, — daarenboven overweegt, dat, al zou men kunnen aannemen, dat ook een bijzondere avarij ten laste der vrachtpenningen kan worden gedacht, dan nog geen afdoende grond bestaat om de onkosten in geschil aan te merken als uitsluitend ten behoeven der vrachtpenningen gemaakt;

„O., dat het Hof door deze beslissing geen der in het *middel* genoemde a. der wet heeft geschonden;

„dat toch de a. 246 en 237 K. bepalen, het eerste, wàt onder verzekering in het algemeen is te verstaan, — het andere, voor welke schaden de zee-assuradeur in het bijzonder aansprakelijk is, maar niet beslissen of onkosten als de onderwerpelijke moeten worden aangemerkt als eene op de *vrachtpenningen* drukkende avarij;

„dat evenmin zijn geschonden de a. 593 en 616 van datzelfde wetboek, daar het Hof niet heeft beslist, dat vrachtpenningen geen onderwerp van verzekering kunnen zijn, noch ook dat de vrachtpenningen niet voor hun volle beloop kunnen worden verzekerd;

„O., dat nu wel de eischers uit het verband der voormelde wetsbepalingen met a. 711 K. de juistheid van het voorgestelde *middel* trachten af te leiden, het laatstgemelde a. opvattende in dien zin, dat, wanneer bij eene avarij-reging leert bestemmingsplaats in den vreemde een post als *bijzondere*

avarij ten laste van een object is gebragt, de assuradeur tot vergoeding daarvan verbonden zoude zijn;

»dat echter deze opvatting van het a. niet juist is;

»dat dit toch geene andere strekking heeft, dan om te bepalen, dat in het daar bedoelde geval, de schade en de hoegrootheid daarvan worden *bewezen* overeenkomstig de buitenlandsche wetten of gebruiken;

»dat dit niet alleen blijkt uit het verband tusschen a. 711 en de daaraan voorafgaande en daarop volgende wetsbepalingen, maar bovendien door de geschiedenis van het a. buiten allen twijfel wordt gesteld;

»dat toch dat a. is voortgesproten uit de bepaling van a. 595 van het ontwerp van een Wetb. v. Kooph. van 1809, waarin uitdrukkelijk van *bezigtiging en begrooting* der schade wordt gewaagd, terwijl in het ontwerp van 1825 de bepaling luidt:

»Zoo de schade buiten 's lands moet worden *gewaardeerd*, »worden daarin gevolgd de aldaar bestaande wetten of plaats»hebbende gebruiken» — dat nu in het tegenwoordige wetb. het woord *gewaardeerd* is vervangen door *opgemaakt*, maar dat dit alleen is geschied om te gemoet te komen aan het bezwaar der Kamer v. Koophandel te Rott., die de vroegere redactie had afgekeurd, *als het denkbeeld uitsluitend van openbaren verkoop*, naar hare meening het eenige ware middel, vooral buiten 's lands, om de juiste waarde van beschadigde goederen te bepalen;

»dat het dus niet twijfelachtig is, dat onder de woorden *opmaken der schade buiten 's lands*, alleen te verstaan is het constateren der schade en vaststellen van het schadecijfer, en geenszins eene regeling ter bepaling van het voorwerp, hetwelk de schade of kosten te dragen heeft, zooals gevonden wordt in a. 722 j° a° 724, laatste al., K. doch aldaar uitsluitend met betrekking tot de avarij-grosse;

„O., dat, vermits uit dit alles blijkt, dat het tweede onderdeel van het cassatie-*middel* ongegrond is, mitsdien een onderzoek naar de juistheid van het eerste onderdeel, volgens het hiervoren overwogene, overbodig is;

„Verwerpt den eisch in cassatie;

„Veroordeelt de eischers in de kosten.„

N° 1618. — Arrest van 13 Dec. 1878.

(A. 1950 B.-W.)

Is a. 1950, *pr. en n°* 3, *B.-W. verkeerd toegepast door een pakhuismeester in dienst van eene stoomvaartmaatschappij, partij in een aanhangig geding, als* bediende *te beschouwen en om die reden als getuige te wraken?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. POLIS, namens den Proc.-G., de volgende conclusie genomen:

„In een tusschen de nu eischers, als app^n, en den nu verw., als geint., bij het Hof te 's Gravenhage, hangend regtsgeding is, bij arr. van 9 Sept. jl., geldig verklaard de door den geint. voorgestelde wraking van den door de app^n gedagvaarden getuige A. K. en het voorgestelde *middel* is, dat daardoor a. 1950, pr. en n° 3, B.-W. verkeerd is toegepast, omdat, terwijl genoemde wetsbepaling door *dienstboden of bedienden van eene der partijen* kennelijk alleen verstaat de eigenlijk gezegde dienstboden of bedienden *in beperkten zin*, als zoodanig zeer zeker niet is aan te merken de gewraakte getuige, — het Hof niettemin als zoodanig beschouwt ieder die *quovis titulo* in dienst is van eene der partijen en op dien grond de wraking van dien getuige toelaat.

„De verw. meent, dat het *middel* reeds daarom niet kan opgaan, omdat daarbij voor het eerst in cassatie, en dus te

laat, wordt betwist het bestaan der tot wraking noodige dienstbetrekking tusschen den getuige en de tweede eisch^ase in cassatie. Volgens den verw. zou nl. uit de motivering van het arr. blijken, dat de wraking bij het Hof alleen is tegengesproken op grond, dat de gewraakte getuige niet in dienst was van den app. O. en de maatschappij *Nederland*, in wier dienst de getuige was, in deze eigenlijk niet was partij.

„De beslissing van het Hof is, dat de persoon van A. K. omtrent de voorgestelde wraking gehoord, is *pakhuismeester in dienst* van de maatschappij *Nederland*, dat die maatschappij is eene der gedingvoerende partijen, dat aan haar mede als app., bij 's Hofs arr. van 10 Mrt. 1878 is bevolen de daarbij omschreven feiten door getuigen te bewijzen, dat de getuigen, blijkens de dagvaarding mede ten verzoeke der maatschappij zijn opgeroepen, dat alzoo de opgeroepen getuige behoort tot de bedienden van eene der partijen, en alzoo blijkens a. 1950 B.-W. kan worden gewraakt.

„De motivering van het Hof is dus niet slechts, dat de dienstbetrekking, waarop de voorgestelde wraking berust, tusschen den gewraakten getuige en de maatschappij *Nederland* bestaat en die maatschappij partij in het geding is, maar tevens, dat die dienstbetrekking den gewraakten getuige maakt tot een *bediende* van eene der partijen, en ik geloof niet, dat dit voldoende is om aan te nemen, dat de eischers in cassatie bij het Hof stilzwijgend hebben erkend, althans niet hebben tegengesproken, dat de gewraakte getuige de kwaliteit van bediende der maatschappij bezat.

„Maar het *middel* moge door de houding der eischers bij den *judex facti* niet zijn gedekt, het is, dunkt mij, ongegrond. Uit hetgeen ik omtrent 's Hofs uitspraak mededeelde, zal den Raad reeds gebleken zijn, dat die beslissing niet berust op de overw., dat als *bediende* in den zin van a. 1950 B.-W. te beschouwen is een ieder die *quovis titulo* in dienst is van

eene der partijen, maar dat de wraking is toegelaten, omdat de gewraakte getuige als PAKHUISMEESTER in dienst is van de maatschappij *Nederland*, en ALZOO BEHOORT tot de BEDIENDEN VAN EENE DER PARTIJEN, zoodat het *middel* voor een gedeelte zijn feitelijken grondslag mist. En overigens is het ongegrond.

„Het Hof neemt aan, dat de gewraakte getuige is een *bediende* van eene der partijen, en de aangevallen beslissing is dus slechts dan onjuist indien de gewraakte getuige *niet* is een bediende van eene der partijen. Dat heeft echter de eischer niet aangetoond. Bij pleidooi werd er alleen over geklaagd, dat het Hof niet heeft onderzocht, of de getuige zich wel in zoodanige dienstbetrekking tot de maatschappij *Nederland* bevond, dat hij als haar *bediende*, in den zin dien de pleiter aan a. 1950, 3°, B.-W. gaf, kon worden aangemerkt, en men vroeg dan ook bij pleidooi niet, zooals bij de dagvaarding, regtspraak ten principale, maar renvooi, om alsnog het niet onderzochte te onderzoeken.

„Maar de partij, die verkeerde toepassing van de wet beweert, kan niet volstaan met aan te toonen, dat de wet zonder voldoende motivering is toegepast, maar moet aantoonen, dat de wet niet had mogen zijn toegepast.

„En dat heeft men *in casu* niet aangetoond en kan ook niet aangetoond worden. De H.-R. besliste bij arr. van 14 Jan. 1870 (V. D. HON., *B.-R.* XXXIV, 211; *N. Rspr.* XCIV, 60), dat onder de *dienstboden* en *bedienden* in a. 1950, 3°, B.-W. genoemd, niet alleen begrepen zijn, zij die in of buiten zijn huis den persoon van zijn meester of zijn gezin voor loon bedienen, maar allen, die hem in zijn bedrijf voor loon ten dienste staan, en dat is voorzeker het geval met een pakhuismeester, in den zin die gewoonlijk aan dat woord gegeven wordt.

„Zelfs al kon aan de eischers worden toegegeven, wat op zijn minst bedenkelijk is, dat de woorden *dienstboden* en *be-*

dienden van ons Wetb., niets zijn dan eene vertaling van de woorden *serviteurs et domestiques* in a. 283 *Code de Proc.*, toch zou hier de wraking teregt zijn toegelaten, omdat het woord *serviteur*, volgens het woordenboek der *Académie* dengene aanduidt, *qui est au service, aux gages d'autrui, qui est salarié par autrui pour quelque fonction subalterne;* en dit woord dus ook volkomen past op een pakhuismeester, die niets anders is dan een loontrekkend bediende, in eene ondergeschikte betrekking in het bedrijf zijns meesters werkzaam.

„Ik heb de eer te concluderen tot verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van enz.;

„Wat betreft het aangevoerde *middel* van cassatie: beweerde verkeerde toepassing van a. 1950, pr. en n° 3, B.-W., omdat terwijl genoemde wetsbepaling door *dienstboden of bedienden van eene der partijen* kennelijk alleen verstaat de eigenlijk gezegde dienstboden of bedienden in beperkten zin, als zoodanig zeer zeker niet is aan te merken de gewraakte getuige A. K., het Hof niettemin als zoodanig beschouwt ieder die *quovis titulo* in dienst is van eene der partijen, en op dien grond de wraking van dien getuige toelaat;

„O., dat het beweren daarop is gegrond, dat ten onregte door het Hof zou zijn beslist dat de in het *middel* aangeduide persoon, die heeft opgegeven te zijn pakhuismeester in dienst der maatschappij *Nederland*, hetgeen niet is betwist, zou behooren tot de bedienden van eene der partijen en alzoo, blijkens a. 1950 B.-W., als getuige kon worden gewraakt;

„O., te dien opzigte, dat door het woord *bedienden* naar het taalgebruik eene veel ruimere categorie van personen wordt aangeduid dan door het woord *dienstboden*, zoodat er onder worden begrepen alle personen die men als loontrekkenden tot zijn dienst heeft, al zij het ook voor bepaalde werkzaamheden, immers waar die niet, zooals vele ambtenaren en beambten in

dienst van het openbaar gezag, een meer onafhankelijk standpunt innemen, en dat dan ook niet blijkt dat de wetgever eene minder ruime beteekenis aan het woord heeft willen geven;

„O., dat het hierom ook niet kan opgaan dat, om als *bediende* te kunnen worden gewraakt, op den betrokken persoon, zooals aan zijde van de eischers wordt beweerd, het dienstbodenregt toepasselijk zou moeten zijn;

„O., dat almede het beroep op a. 341 K. reeds daarom niet kan afdoen, omdat hier van iemand die aandeel heeft in het schip of de zaak geene sprake is;

„O., dat eindelijk ook aan de toekenning van de hoedanigheid van *bediende* op den hier bedoelden persoon niet obsteren de ingeroepen bepalingen van de a. 383 en 384 K. omtrent de scheepsverklaringen, omdat uit eene zoo eigenaardige bepaling als in die wetsa. is vervat, in geen geval eenige gevolgtrekking kan worden gemaakt omtrent hetgeen in a. 1950, n° 3, B.-W. onder het woord *bedienden* zou moeten worden verstaan;

„O., dat op deze gronden het aangevoerde *middel* van cassatie niet is aannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Verwijst de eischers in de kosten, in cassatie gevallen."

N° 1619. — Arrest van 20 Dec. 1878.

(A. 398 B.-R. — A. 1617 B.-W.)

Is de bij a. 398 B.-R. bedoelde beteekening die van dengeen, die bij het vonnis of arr. is in het gelijk gesteld, en dus bij de afsluiting van den termijn belang heeft, en niet die van dengeen, die bij het vonnis of arr. in het ongelijk is gesteld? — Ja.

Is a. 1617 *B.-W. geschonden, door deze wetsbepaling aldus op te vatten, dat het regt van den verhuurder om ontbinding der huurovereenkomst te vragen, in geval de*

huurder het gehuurde huis niet van genoegzaam huisraad voorziet, afhankelijk zou zijn van eene voorafgaande vordering tot zekerheidstelling? — JA.

De eischer i. c., M. J. F., grondeigenaar te Amst., ten deze vertegenwoordigd door den adv. mr. A. M. VAN STIPRIAAN LUISCIUS, heeft den ged. P. A. doen aanzeggen dat hij berust in het arr. van 8 Mrt. ll. waarbij het ger. te Amst. hem heeft verklaard niet-ontvankelijk in het hooger beroep, door hem ingesteld tegen het door de arr.-regtb. te Amst. 12 Dec. 1877 tusschen partijen gewezen vonnis, en dat hij tegen dat vonnis zich in cassatie voorziet en doet dagvaarden ter teregtzitting van den H.-R. van 6 Sept. 1878, ten einde:

„A. de verw. van den eischer heeft gehuurd een bovenhuis aan de Muiderstraat te Amst. voor den tijd van 16 m., die zouden ingaan 1 Jan. 1877 en eindigen 30 April 1878, tegen een huurprijs van *f* 500 in het jaar, o. a. met beding dat de verw. in geval van verhuizing zou gehouden zijn voormeld bovenhuis te laten bezigtigen, twee dagen per week;

„A. de verw. het gehuurde in het begin van Nov. 1877 heeft verlaten, daarbij heeft weggevoerd al wat tot stoffering diende en naliet te voldoen aan zijne evenvermelde verpligting om het gehuurde te laten bezigtigen;

„A. daarop de eischer den verw. heeft gesommeerd bij exploit van 14 Nov. 1877 om: 1° al wat tot de stoffering van het gehuurde diende, daarin terug te brengen, immers bedoeld bovenhuis van genoegzaam huisraad te voorzien, ofte wel zekerheid te stellen voor de betaling der huurpenningen; en 2° dit bovenhuis tot aan de wederverhuring te laten bezigtigen twee dagen per week, op zoodanig bekwaam uur, als de verw. den eischer zou kenbaar maken;

„A. de verw. aan die sommatie niet heeft voldaan;

„A. daarop de eischer hem heeft gedagvaard voor de regtb. te Amst., ten einde voormelde huurovereenkomst te hooren

verklaren ontbonden, en zich te hooren veroordeelen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen ter somma van *f* 166,40 *c. e.*;

»A. op de tegenspraak van den ged. de eischer bij vonnis der arr.-regtb. te Amst. van 12 Dec. 1877 in die vordering is verklaard niet-ontvankelijk en is veroordeeld in de kosten;

»A. de eischer van dit vonnis heeft geappelleerd, doch in dit appel door het ger. te Amst. bij arr. van 8 Maart 1878 is verklaard niet-ontvankelijk, op grond dat de zaak, ingevolge a. 54, n° 2, R.-O. niet was vatbaar voor hooger beroep;

»A. de eischer, in dit 's Hofs arr. berustende, zich tegen voormeld vonnis der regtb. te Amst. van 12 Dec. 1877 heeft voorzien in cassatie, en deze voorziening grondt op de navolgende twee *middelen van cassatie;*

»A. de eischer voorstelt als *eerste middel* v. c.: schending en verkeerde toepassing der a. 1617, 1375, 1302, 1303 en 1274 B.-W., omdat de regtb. den eischer heeft verklaard niet-ontvankelijk in zijne actie tot ontbinding der overeenkomst van huur en verhuur, met vergoeding van kosten, schaden en interessen, ofschoon de verw. niettegenstaande hij daartoe was gesommeerd, het ver- en gehuurde bovenhuis niet van genoegzaam huisraad voorzag en geene zekerheid gaf voor de betaling der huurpenningen;

»A. a. 1617 B.-W., bepalende, dat de huurder die een verhuurd huis niet van genoegzaam huisraad voorziet, *tot de omtruiming* daarvan kan worden genoodzaakt, *tenzij* hij voldoende zekerheid geve voor de betaling der huurpenningen, — hierdoor bevestigt en geenszins den verhuurder ontneemt de hem bij de verder hiervoren aangehaalde a. gegeven actie tot ontbinding der huur met schadevergoeding;

»A. deze actie den verhuurder toekomende omdat de ged. huurder, ook niettegenstaande inverzuimstelling, het verhuurde niet van genoegzaam huisraad voorziet, door den ged. had

kunnen zijn, maar niet is bestreden door voldoende zekerheid voor de betaling der huurpenningen te geven;

»A. indien zoodanige zekerheidstelling niet enkel is te beschouwen als middel van verdediging van den ged. huurder, maar het verzuim tot zoodanige zekerheidstelling moet worden aangemerkt als *conditio sine quâ non* voor de ontvankelijkheid van den hier ingestelden eisch, — alsdan die voorwaarde deugdelijk was vervuld door de aan de dagvaarding voorafgegane inverzuimstelling bij exploit;

»A. de regtb., in plaats hiervan vergende eene actie tot zekerheidstelling, beslissing daarop, en eerst, bij niet-voldoening daaraan, den verhuurder (onderstellenderwijze) toekennende de resolutoire actie, heeft voorbijgezien dat, vermits volgens a. 1274 B.-W. een bevel of soortgelijke acte, gelijk de *in casu* vóór de dagvaarding beteekende sommatie, voldoende is en geen vonnis tot nakoming en de niet-voldoening hieraan wordt vereischt; dat, volgens a. 1303 B.-W. de eischer had de keuze tusschen de actie tot praestatie en die tot resiliatie, en niet verpligt was aan de laatste de eerste te doen voorafgaan; en dat a. 1617 B.-W. niets van dit een en ander afwijkende, bepaalt;

»A. de eischer voorstelt een *tweede middel* v. c.: schending en verkeerde toepassing van de a. 1349, 1584, 1374, 1274, 1302 en 1303 B.-W, omdat de regtb. den eischer in zijne hier ingestelde actie heeft verklaard niet-ontvankelijk, ofschoon de verw., niettegenstaande sommatie, was nalatig gebleven te voldoen aan het beding, dat hij het door hem gehuurde bovenhuis twee dagen per week tot aan de wederverhuring zou laten bezigtigen;

»A. de regtb. tot deze vreemde beslissing is gekomen door overweging: »dat dit beding niet behoort tot de essentialia van »de overeenkomst van huur en verhuur, zoodat het niet na- »komen van dit *pactum adjectum*, als behelzende eenzijdige praes- »tatie door zijne eigenaardige regtsgevolgen, wordt beheerscht

„en nimmer kan leiden tot ontbinding der hoofdovereenkomst„;

„A. de regtb. hierbij uit het oog verloor dat het zamenstel van eenzijdige praestatien van eene partij tegenover die van de wederpartij juist vormt de wederkeerige overeenkomst, *in casu* van huur en verhuur, waarin de ontbindende voorwaarde wordt verondersteld plaats te grijpen in geval eene der partijen aan hare verpligting niet voldoet, zonder dat de wet ten aanzien van eene dier contractuele verpligtingen uitzondering maakt, zoodat de onderscheiding der regtb. tusschen bedingen omtrent de essentialia der overeenkomst waaromtrent de ontbindende voorwaarde *wel*, en zoogenaamde *pacta adjecta*, waaromtrent de ontbindende voorwaarde *niet* zou worden verondersteld, geheel is buiten de wet, en de eischer dus in zijne resolutoire actie wegens wanpraestatie (ook na sommatie) van het in deze bedoeld beding der overeenkomst van huur en verhuur, had moeten zijn verklaard ontvankelijk, daar toch deze actie, volgens a. 1303 B.-W. den eischer was gegeven, onverschillig welk deel der verbindtenis zijner wederpartij deze niet had nagekomen;

„bij arr. van den H.-R. der Ned. te hooren vernietigen voormeld vonnis door de arr.-regtb. te Amst. 12 Dec. 1877 tusschen partijen gewezen, den eischer te hooren verklaren ontvankelijk in de door hem ingestelde vordering en de zaak te hooren terugwijzen naar die regtb. om, met inachtneming van 's H.-R[s] arr. verder te worden behandeld, met veroordeeling van den verw. in de kosten van cassatie.„

Voor den verw., vertegenwoordigd door den adv. mr. A. W. Jacobsson, is de volgende conclusie genomen:

„A. des eischers beroep i. c. is niet-ontvankelijk, als ingesteld op 2 Julij 1878, d. i. meer dan 3 m. nadat het vonnis, waartegen wordt opgekomen, 22 Jan. te voren, ten zijnen verzoeke aan den verw. was beteekend;

„A. dat beroep, al ware het ontvankelijk, als ongegrond zou moeten worden verworpen;

„A. de eischer bij zijn feitelijk verhaal onder meer heeft vergeten te vermelden: 1° dat hij zelf, bij zijne sommatie en dagvaarding heeft gesteld, dat verw. den sleutel van het bovenhuis bij den eischer in huis heeft geworpen; dat deze dus in het bezit van den sleutel, dien niet aan den verw. heeft doen aanbieden, zoodat verw., ware hij nog verpligt tot stoffering of tot laten bezigtigen., daartoe feitelijk in de onmogelijkheid zou zijn geweest; en 2° dat verw. heeft gesteld, dat het verlaten der woning op 1 Nov. 1877 met eischers medeweten en voorkennis is geschied, zooals blijken kan uit door verw. (toen ged.) gestelde feiten, waarvan hij toen subsidiair het bewijs heeft aangeboden en waaruit ontbinding der huurovereenkomst met onderling goedvinding zou volgen;

„A. de eischer *in de eerste plaats* beweert: schending en verkeerde toepassing van enz.;

„A. dit *middel* afstuit op het door den eischer in de eerste plaats aangevoerde wetsa. 1617, omdat overal in regten eene *bijzonderlijk* bedreigde straf op een bepaald verzuim of nietnakomen derogeert aan de *in het algemeen* bedreigde straf op verzuim of niet-nakomen, zoodat bij de wanpraestatie der wettelijke verpligting des huurders om het huis van genoegzaam huisraad te voorzien, *alleen* sprake kon zijn van de voor *dat* geval bepaaldelijk gegeven regtsvordering;

„A. dit hier te meer geldt, daar in dit geval zelfs niet is beweerd, veelmin beslist, dat des huurders verpligting tot stoffering van het gehuurde op overeenkomst zou rusten, terwijl a. 1302 en 1303 *uitsluitend* handelen van wanpraestatie omtrent hetgeen was overeengekomen;

„A. mitsdien, onverschillig of de regtb. met juistheid hebbe aangewezen den weg, dien de eischer had behooren te volgen, indien de feitelijke toedragt der zaak ware geweest gelijk hij ze had voorgesteld, zooveel zeker is, dat teregt is uitgesproken de niet-onvankelijkverklaring der vordering tot ontbinding op

grond van niet-stoffering en de wet daardoor niet kan zijn geschonden of verkeerd toegepast;

„A. de eischer een *tweede en laatste middel* v. c. zoekt in beweerde schending en verkeerde toepassing van a. 1349 enz.;

„A. de regtb. zeer teregt heeft geoordeeld dat het gemelde beding (het doen bezigtigen van het bovenhuis twee dagen per week) niet behoort tot de essentialia der huurovereenkomst, en *in facto* beslist, dat dit *pactum adjectum* als behelzende eene eenzijdige praestatie, door zijne eigenaardige regtsgevolgen wordt beheerscht, waaruit volgt dat de niet-nakoming van dit *pactum adjectum* nooit kon leiden tot ontbinding der hoofdovereenkomst;

„A. bovendien dit beklag niet past in den mond des verhuurders, die zelf èn bij sommatie èn bij dagvaarding als feit heeft gesteld, dat hij in het bezit is van den sleutel, die toegang moet geven tot het verhuurde;

„A. zelfs op grond van dit laatste, door den verw. bij de regtb. mede aangevoerd, de niet-ontvankelijkheid zou moeten zijn uitgesproken, al ware geen andere grond van niet-ontvankelijkheid voorhanden geweest;

„A. eindelijk, hoe men ook denke over hetgeen tot dusver is aangevoerd tot bestrijding van dit *cassatie-middel*, de uitgesproken niet-ontvankelijkheid der vordering, voor zoover ze op de in de tweede plaats beweerde wanpraestatie was gegrond, niet vatbaar zou zijn voor cassatie, omdat het *positum*: „gij zijt nalatig gebleven te laten bezigtigen” daartoe nooit voldoende zou kunnen zijn, maar daartoe ware vereischt het *positum* van weigering van bezigtiging door- of van verhindering van toegang aan gegadigden, die zich aanmeldden.

„Zoo concludeert mr. A. W. JACOBSON, als vertegenw. der verw. i. c., dat bij 's H.-R[s] te wijzen arr. het ingestelde beroep zal worden verworpen, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

De Proc.-G. RÖMER heeft in deze de volgende conclusie genomen:

„De voorziening in cassatie is gerigt tegen een vonnis, door de regtb. te Amsterdam op 12 Dec. jl. tusschen deze partijen gewezen, waartegen een door den eischer in cassatie ingesteld hooger beroep niet-ontvankelijk is verklaard.

„Bij conclusie van antwoord is beweerd, dat de voorziening, als ingesteld meer dan *drie* maanden nadat het vonnis ten verzoeke des eischers is beteekend, niet-ontvankelijk is. Bij de conclusie is geene exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, maar geconcludeerd tot verwerping van het beroep; de Raad heeft echter beslist, dat deze *casu quo* ambtshalve moet worden uitgesproken. Zie de aanteekening van LÉON, op a. 398 B.-R. en DALLOZ, in voce *Fin de non recevoir*, n° 550.

„*In facto* blijkt, dat de eischer in cassatie bij de acte van hooger beroep op 22 Jan. 1878 een afschrift van het vonnis aan den verw. heeft gelaten, terwijl het beroep in cassatie is ingesteld op 2 Julij jl.

„Ofschoon nu eene beteekening van het vonnis door de succumberende partij onnoodig is, zoo geloof ik echter, dat *in casu* werkelijk eene beteekening der regtelijke uitspraak is geschied. De wet bepaalt geen vorm voor de beteekening en evenmin dat haar doel moet zijn om tot de executie van het vonnis te geraken. Ook wordt de beteekening aan den Procureur bij a. 398 B.-R. niet gevorderd. Vgl. daaromtrent DALLOZ, *Répert.*, *appel civil*, n° 995.

„Maar ik geloof met den geachten raadsman voor den eischer, dat de termijn slechts liep tegen den verw., aan wien de beteekening is geschied volgens den regel *„nul ne peut se forclore „lui-même par les moyens que la loi lui donne pour forclore „son adversaire.„* Vgl. CARRÉ, éd. CHAUVEAU op a. 445, T. III, *Quest.* 1553, p. 386. Op dezen grond acht ik het beroep ontvankelijk.

„En waarop steunt nu het beroep in cassatie?

„Bij het beklaagde vonnis is de eischer in cassatie niet-ontvankelijk verklaard in zijne vordering, strekkende tot ontbinding der tusschen partijen bestaande overeenkomst van huur en verhuur met vergoeding van schade, op grond van wanpraestatie aan zijde van den ged., door het wegvoeren der stoffering, en het nalatig zijn in de vervulling zijner verpligting om de woning te doen bezigtigen. Eene sommatie tot stoffering of zekerheidstelling voor de betaling der huurpenningen, en tot het laten bezigtigen, was zonder gevolg gebleven.

„Die niet-ontvankelijk-verklaring berust *in jure* op *twee* gronden, vooreerst, dat, zoo a. 1617 B.-W. al regt geeft om de ontbinding der huurovereenkomst te vragen, dan toch vooraf de vordering tot zekerheidstelling moet worden beslist.

„De req. meent, dat door die beslissing de a. 1617, 1375, 1302, 1303 en 1275 B.-W. zijn geschonden of verkeerd toegepast. Ook naar mijne beschouwing heeft de regtb. a. 1617 voornoemd geschonden. Het a. geeft m. i. zeer bepaald de actie tot *ontruiming* en daarmede die tot *ontbinding* der overeenkomst. De ontruiming is gegeven in het belang van den verhuurder tot voorkoming der grootere kosten; de geachte pleiter voor den verw. heeft dan ook de door de regtb. gemaakte reserve niet verdedigd. De Raad vergelijke DALLOZ, *Répert.*, voce *Louage* nº 612; MARCADÉ ad. a. 1752, DIEPHUIS op a. 1617.

„En nu ligt het noch in de woorden der wet, noch in hare bedoeling, om den verhuurder te noodzaken vooraf eene actie in te stellen tot zekerheid voor de betaling. De woorden der wet duiden op een regt aan den huurder gegeven om de ontruiming van het gehuurde te voorkomen; hij kan zekerheid aanbieden, en dan moet beslist worden of die zekerheid voldoende is; hij kan toch beweren, dat er *voldoende* huisraad is om de betaling te verzekeren, en er dus geene cautie wordt

vereischt. Al de schrijvers leeren dan ook dat de wet een middel van verdediging aan den huurder in handen geeft. DALLOZ, *l.l.*, zegt: »*il peut* ÉCHAPPER *à cette extrémité en donnant au* »*bailleur des sûretés capables de répondre du loyer.*»

»Hetzelfde leert MARCADÉ t. a. p., en DIEPHUIS zegt: »de »huurder zal de ontruiming alleen kunnen voorkomen door »zekerheid te geven.»

»De geachte pleiter voor den verw. heeft eigenlijk een ander stelsel gepleit, en beweerd, dat a. 1617 derogeert aan a. 1303 B.-W. Dit zou het geval zijn, indien zijne stelling opging, dat a. 1617 voor een bepaald geval eene bepaalde actie geeft; dat is echter niet zoo; het a. geeft de actie tot ontbinding, behoudens het regt van den huurder om haar te voorkomen. Ook kan het er m. i. niet toe doen, dat die verpligting voortvloeit uit de wet, omdat zij daardoor een deel uitmaakt der overeenkomst volgens a. 1375 *ibid.* En nu moge het waar zijn, dat tegenover die verpligting van den huurder geene verpligting van den verhuurder staat, dit neemt niet weg, dat de overeenkomst is eene *wederkeerige* overeenkomst, en dus de bepalingen van a. 1302 en 1303 op haar toepasselijk zijn. De Raad vergelijke vooral DALLOZ, *l.l.*, voce *Louage* n° 546.

»Indien nu deze de zin is van a. 1617 voornoemd, dan kon de actie van den verhuurder niet door een *fin de non recevoir* worden afgesneden. Zijne sommatie tot borgstelling bewees wel is waar slechts *mora* van den huurder, maar, aangenomen dat hij tot het doen dier sommatie verpligt was, dan was zij ook voldoende om hem in zijne resolutoire actie ontvankelijk te doen zijn.

»Ik acht daarom het *eerste middel* van cassatie gegrond.

»Bij het *tweede middel* wordt de tweede grond, waarop het *dictum* steunt, bestreden.

»De ontbinding werd mede gevraagd op grond van nalatigheid in de verpligting om de woning te laten bezigtigen. Ook in

zooverre acht de regtb. de vordering niet-ontvankelijk, op grond, zegt het vonnis, dat het beding niet behoort tot de *essentialia* van de overeenkomst van huur en verhuur, zoodat het niet nakomen van dit *pactum adjectum*, als behelzende eene eenzijdige praestatie, door zijne eigenaardige regtsgevolgen wordt beheerscht, en nimmer kan leiden tot ontbinding van de hoofdovereenkomst.

„Tegen deze beslissing voert de eischer aan: schending en verkeerde toepassing der a. 1349, 1584, 1374, 1274, 1302 en 1303 B.-W. Bij de bestrijding van het *middel* heeft de verw. hoofdzakelijk aangevoerd, dat de beslissing omtrent den aard van het beding feitelijk is, en gewezen op het arr. van 16 Mrt. 1855 (v. D. HON., *B.-R.* XIX, 408 sqq.) Het was toen echter alleen de vraag of de ontbinding der overeenkomst gelijktijdig moest zijn gevraagd met de vordering tot schadevergoeding, en er was toen geen *pactum adjectum contractui*, maar een *pactum praeparatorium;* er was geene hoofdverbindtenis.

„Nu houd ik de beslissing omtrent den aard van het beding voor feitelijk, omdat het niet behoort tot de substantie van de overeenkomst van huur en verhuur, zoodat door die beslissing geene wet wordt geschonden. En wanneer het beding, volgens de beslissing van den regter slechts eene eenzijdige praestatie behelst, dan kan de nietnakoming niet leiden tot ontbinding, maar slechts de actie geven van a. 1274 B.-W. Wel is waar worden de *pacta* die terstond bij het aangaan der overeenkomst worden gemaakt, geacht een deel der overeenkomst uit te maken, zoodat de regter naar luid van a. 1302 *ibid.* moet onderzoeken of de niet-naleving grond kan geven tot ontbinding; maar feitelijk blijkt niet, dat het beding *in casu* een deel der overeenkomst heeft uitgemaakt.

„Mijns inziens had de overweging in het vonnis tot *ontzegging* en niet tot *niet-ontvankelijk-verklaring* der actie moeten leiden.

„Maar, hoe dit ook zij, zoo was de vordering op het eerste punt ontvankelijk en daarom de eisch tot cassatie gegrond.

„Ik heb de eer te concluderen tot vernietiging van het beklaagde vonnis, en terugwijzing der zaak naar de regtb. te Amsterdam, om, met inachtneming van 's Raads arr., verder te beslissen, met veroordeeling van den verw. in de kosten, in cassatie gevallen.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„Wat aangaat de aan zijde van den verw. bij conclusie van antwoord beweerde niet-ontvankelijkheid van het beroep in cassatie;

„O., dat bij het exploit van den deurwaarder S. te Amsterdam van 22 Jan. 1878, waarbij de nu eischer hooger beroep heeft ingesteld van het in deze zaak in eersten aanleg gewezen vonnis van de arr.-regtb. te Amsterdam van 12 Dec. 1877, in welk hooger beroep hij later is verklaard niet-ontvankelijk, tevens is overgegeven afschrift van dat vonnis, terwijl het beroep in cassatie is ingesteld 2 Julij 1878;

„O., dat alzoo sedert de gemelde beteekening, toen het beroep in cassatie werd ingesteld, meer dan drie maanden waren verloopen;

„O. intusschen, dat die beteekening van wege den nu eischer gedaan, die in zijne vordering was niet-ontvankelijk verklaard, den termijn om in cassatie te komen niet heeft afgesloten, vermits de bij a. 398 B.-R. bedoelde beteekening niet die is van dengeen, die bij het vonnis of arr. is in het ongelijk gesteld, maar van dengeen die in het gelijk is gesteld, en dus belang heeft dat de bedoelde termijn worde afgesloten;

„O. dat alzoo, nu er geen beteekening van het vonnis van wege den nu verw. had plaats gehad, de termijn om beroep in cassatie in te stellen, nog openstond op den dag waarop die is ingesteld;

„Verklaart het ingesteld beroep in cassatie ontvankelijk;

„Wat betreft de zaak zelve:

„O., dat *twee middelen* van cassatie zijn voorgesteld, te weten:

„1° schending en verkeerde toepassing der a. 1617, 1375, 1302, 1303 en 1274 B.-W., omdat de regtb. den eischer heeft verklaard niet-ontvankelijk in zijne actie tot ontbinding der overeenkomst van huur en verhuur met vergoeding van kosten, schaden en interessen, ofschoon de verw., niettegenstaande hij daartoe was gesommeerd, het ver- en gehuurde bovenhuis niet van genoegzaam huisraad voorzag en geene zekerheid gaf voor de betaling der huurpenningen;

„II. schending en verkeerde toepassing van de a. 1349, 1584, 1374, 1274, 1302 en 1303 B.-W., omdat de regtb. den eischer in zijne hier ingestelde actie heeft verklaard niet-ontvankelijk, ofschoon de verw., niettegenstaande sommatie was nalatig gebleven te voldoen aan het beding, dat hij het door hem gehuurde bovenhuis twee dagen per week tot aan de wederverhuring zoude laten bezigtigen;

„O. ten aanzien van het *eerste middel* van cassatie, dat dit *middel* betreft de beslissing der regtb., dat, zoo al a. 1617 regt geeft om de ontbinding der huurovereenkomst te vragen, vooraf de vordering tot zekerheidstelling moet worden beslist, en op dien grond de req., vermits hij geene vordering tot zekerheidstelling had gedaan, maar alleen daartoe had gesommeerd, in zijne vordering tot ontbinding moet worden verklaard niet-ontvankelijk;

„O., dat die beslissing strijdt met de duidelijke woorden van a. 1617, waarbij aan den verhuurder, wiens verhuurd huis door den huurder niet van genoegzaam huisraad wordt voorzien, de actie tot ontruiming van het huis, en mitsdien tot de ontbinding van de huur en verhuur, wordt gegeven, terwijl de huurder daarbij tevens een middel verkrijgt om die actie te voorkomen, in het stellen van zekerheid voor de betaling van den huurprijs, zonder dat echter ergens het regt van den ver-

huurder om ontbinding te vragen, afhankelijk gemaakt wordt van eene voorafgaande vordering tot zekerheidstelling;

„O., dat die bepaling niet is eene afwijking, maar eene toepassing van het in a. 1303 uitgesproken beginsel op een bepaald geval, vermits zoowel in a. 1303 als in a. 1617 de actie tot ontbinding gegeven wordt, en laatstgemeld artikel alleen daarin van a. 1303 verschilt, dat het aan den huurder, die aan zijne verpligtingen niet heeft voldaan, nog een middel geeft om de vordering tot ontbinding te voorkomen door het stellen van zekerheid;

„O. toch, dat de verpligting om een gehuurd huis van behoorlijk huisraad te voorzien, waarvan het verzuim volgens a. 1617 aanleiding geeft tot de vordering tot ontruiming, ofschoon krachtens de wet op den huurder rustende, volgens a. 1375, even goed deel der overeenkomst uitmaakt als eene verpligting die bij de overeenkomst uitdrukkelijk is bepaald, en, met de overige verpligtingen des huurders overstaat tegen de verpligtingen, die volgens de wet op de overeenkomst op den verhuurder rusten, zoodat die verpligting voortvloeit uit eene wederkeerige overeenkomst en hare niet-nakoming mitsdien aanleiding geeft tot de werking der ontbindende voorwaarde;

„O., dat a. 1617 mitsdien is geschonden en het *eerste middel* is gegrond, zoodat het overbodig is naar de gegrondheid van het *tweede middel* onderzoek te doen;

„Vernietigt het vonnis, door de arr.-regtb. te Amsterdam op 11 Dec. 1877 in deze zaak gewezen;

„Verwerpt de bij het vonnis aangenomene niet-ontvankelijkheid;

„Wijst de zaak terug naar die arr.-regtb., om, met inachtneming van dit arrest, verder te worden behandeld en afgedaan;

„Veroordeelt den verw. in de kosten, in cassatie gevallen.”

N° 1620. — Arrest van 27 Dec. 1878.

KOLONIAAL APPEL.

(A. 559 B.-R. v. Suriname.)

Is de regter, ook dan wanneer geëischt is schadevergoeding op te maken bij staat, bevoegd om tot voldoening eener bepaalde som te veroordeelen? — JA.

Is de toepassing van den hier op den voorgrond geplaatsten regel van dadelijke bepaling van schadebedrag eeniglijk afhankelijk van de mogelijkheid dier bepaling, niet van de omstandigheid of er al dan niet eisch is gedaan tot schadevergoeding, op te maken bij staat, en is het bestaan dier mogelijkheid geheel aan 's regters oordeel overgelaten? — JA.

Is door de toepassing van dien regel in casu *aan de wederpartij de gelegenheid benomen hare belangen in het vereeningsproces te doen gelden?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Adv.-G. SMITS, namens den Proc.-G., genomen de volgende conclusie:

„De eischer, thans geint., heeft tegen den app., toen ged., voor het Hof van Justitie in Suriname ingesteld eene actie tot schadevergoeding, *op te maken bij staat*, wegens de aanzeiling van den schoener *Johan* door den schoener *Mathilde*, toebehoorende aan den app., terwijl beide schoeners op reis waren van Coronie naar Paramaribo.

„Na eenige incidentele uitspraken, waarvan er een van 25 Jan. 1878, waarbij het verzoek van den nu app. tot het hooren van deskundigen was afgewezen, is de zaak ten principale behandeld en heeft de toen eischer bij pleidooi verzocht, dat het Hof bij het te wijzen vonnis de schade zou begrooten en als schadevergoeding zou toewijzen eene som van *f* 1800, waartegen zijdens den ged., nu app., is beweerd, dat het Hof geen gegevens had om thans reeds de schade te begrooten.

„Het Hof heeft bij eindvonnis aangenomen, dat de aanvaring was veroorzaakt door het schip van den nu app., en dat deze voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk was, dat de hoegrootheid van die schade reeds thans kon bepaald worden,

en heeft die begroot op de som van *ƒ* 1000, tot betaling van welk bedrag de nu app. is veroordeeld.

»Niet alleen tegen het vonnis, dat die veroordeeling inhield, maar ook tegen het voormeld interlocutoir van 25 Jan. 1878 is appel aangeteekend. Tegen dit interlocutoir is echter geen enkele grief bij de dingtalen ingebragt, zoodat ik het onnoodig vind daarbij stil te staan.

»Wat het vonnis ten principale betreft wordt in de eerste plaats aangevoerd, dat niet bewezen zoude zijn dat de aanvaring bepaald door toedoen van den schipper of het scheepsvolk van de *Mathilde* heeft plaats gehad. De app. treedt daaromtrent echter in geene bijzonderheden, maar refereert zich aangaande de getuigenverklaringen, waarop de beslissing van het Hof steunt, aan het oordeel van den H.-R.

»Ik meen daarom ook te kunnen volstaan met mede te deelen, dat, na overweging van de verklaringen der getuigen, ik mij geheel kan vereenigen met het oordeel van het Hof, dat de geledene schade is te wijten aan de bemanning van het schip van den app.

»De groote en bij conclusie in het breede ontwikkelde grief van den app. is echter deze, dat het Hof heeft veroordeeld tot voldoening eener *bepaalde som*, hetgeen niet geoorloofd zoude zijn, wanneer, zooals *in casu*, bij dagvaarding is geëischt schadevergoeding *op te maken bij staat.*

»Het Hof achtte zich bevoegd tot de toewijzing van eene bepaalde som, omdat, volgens a. 559 B.-R. in Suriname, geheel overeenstemmende met a. 612 van ons Wetb. v. B.-R., de regter, die eene partij verwijst tot vergoeding van kosten, schade en interessen, het beloop daarvan in het vonnis moet bepalen, terwijl, voor het geval hij dit niet kan, een staat daarvan moet worden opgemaakt, en dus de wetgever, met het oog op de kosten en op de spoedige afdoening van zaken, klaarblijkelijk bij voorkeur de dadelijke begrooting heeft gewild

en alleen wanneer die onmogelijk is, de begrooting bij staat.

»De app. bestrijdt eigenlijk niet het door het Hof vastgestelde bedrag der schadeloosstelling, hoewel hij in algemeene termen aanvoert, dat dit bedrag is overdreven, omdat de reparatien, waarop de eischer had gewezen, niet allen, maar slechts voor een klein gedeelte door de aanvaring zouden zijn noodzakelijk gemaakt, maar hij beweert, dat, indien de eischer zelf de vereffening bij staat gevorderd heeft, hij, door tardieve productie bij pleidooi, zooals hier heeft plaats gehad, zijne wederpartij de gelegenheid niet kan ontnemen om zijn belang in het vereeningsproces te doen gelden.

»De opmerking is niet van gewigt ontbloot.

»Bij de opvatting echter van het gemelde a. van het Wetb. van B.-R. door het Hof, zal het altijd staan aan het *arbitrium judicis*, op welke wijze ook de regeling der schade is gevorderd, om òf dadelijk de schade te begrooten òf de vereffening bij staat te gelasten. Het eerste zal hij niet kunnen doen als hij de gegevens mist om met juistheid het bedrag der schade te bepalen, dus ook niet, als eene der partijen niet in de gelegenheid is geweest, zijne belangen, wat de begrooting der schade betreft, te doen gelden.

»En deze uitlegging van het a. vindt steun in de jurisprudentie van den H.-R., die bij arr. van 2 Jan. 1874 (v. d. Hon., *B.-R.* XXXIX, 1; *N.-Rspr* CVI, 1) vooral op grond van de stellige bepaling van a. 612 B.-R. aannam, dat de regter die eene partij verwijst tot vergoeding van kosten, schade en interessen, het beloop daarvan in het vonnis *moet* bepalen, ook al is dat niet gevorderd, zoo hem dit mogelijk is.

»Die mogelijkheid nam de eerste regter hier aan en tegen de wijze, waarop de schade uitvoerig bij het vonnis is begroot, zijn, zooals ik reeds opmerkte, geene bijzondere bezwaren ingebragt, en zij schijnt ook allezins billijk.

»Ik vermeen dus te moeten concluderen tot te niet-doening

van het appel en bevestiging van de vonnissen, waarvan is geappelleerd, met veroordeeling van den app. in de kosten van het hooger beroep."

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

"Wat de daadzaken en de in eersten aanleg gevoerde procedures betreft:

"Zich refererende tot de overwn, en die overwn voor zooveel noodig overnemende, en wijders:

"O., dat op het geinterjecteerde hooger beroep, nadat door beide partijen was gediend van schrifturen van grieven en van antwoord, van de zijde des appellants is geconcludeerd tot vernietiging van het hooger beroep, alsmede van de beide vonnissen, waarvan is geappelleerd, en op nieuw regt doende in hooger beroep, den geint. zal worden ontzegd zijne in eersten aanleg genomen conclusie, immers hij daarin zal worden verklaard niet-ontvankelijk, met zijne veroordeeling in al de kosten van eersten aanleg en hooger beroep; en subsidiair dat, met vernietiging van het vonnis *a quo* voor zoover betreft het bedrag der toegekende schadevergoeding, de zaak op dat punt zal worden teruggewezen naar het Hof van Just. in de kolonie Suriname, ten einde die vergoeding bij staat op te maken en daarop voort te procederen, in dat geval met veroordeeling van den geint. in de kosten van het hooger beroep;

"O., dat van de zijde des geint. *qq.* daartegen is geconcludeerd tot tenietdoening van het hooger beroep met bevestiging der vonnissen, waarvan is geappelleerd, met last dat die vonnissen geheel en volkomen gevolg zullen hebben, en met veroordeeling van den app. in de kosten van het hooger beroep;

"O. dat na het nemen dier wederzijdsche conclusiën, door beide partijen ter teregtzitting is gevraagd regt op de stukken;

"Wat het regt betreft:

"O. ten aanzien van het hooger beroep van het incidentele vonnis, dat daartegen geene bezwaren zijn aangevoerd, en dat

er geene termen zijn gevonden om dat vonnis ambtshalve te vernietigen;

»O., opzigtens het hooger beroep van het eindvonnis, dat daartegen, met verwijzing tot de gehouden getuigenverhooren aan 's Raads oordeel, met betrekking tot des geint^s regt op schadevergoeding als eenig bezwaar is opgeworpen het beweren, dat de aanvaring, ter zake waarvan gezegd regt bij het vonnis *a quo* is aangenomen, niet zou zijn bewezen, bepaald door toedoen van den schipper of het scheepsvolk van des appellants vaartuig te hebben plaats gehad;

»O. aangaande die grief, dat bij het bestreden vonnis op allezins afdoende gronden is aangenomen het bewijs van de voorzegde oorzaak der aanvaring, en dat de H.-R., aan- en overnemende hetgeen daaromtrent in het vonnis *a quo* is overwogen, de gegrondheid van het hooger beroep, wat des geintimeerdes regt op schadevergoeding betreft, oordeelt niet te zijn geregtvaardigd, zoodat des app^s primaire conclusie behoort te worden ontzegd;

»O., ten aanzien van des app^s subsidiaire conclusie, dat die steunt op het beweren: 1° dat, wanneer is geëischt schadevergoeding, op te maken bij staat, de regter nooit en in geen geval tot voldoening eener bepaalde som zou kunnen veroordeelen, en 2° de regel van dadelijke bepaling van schadebedrag niet kan worden toegepast, wanneer de eischer door tardieve productie bij pleidooi, aan de wederpartij, zooals *in casu*, de gelegenheid zou ontnemen, zijne belangen in het verevenings-proces te doen gelden;

»O., dat de eerste dezer beweringen is ongegrond, omdat de toepassing van den bij a. 589 B.-R. voor de kolonie Suriname op den voorgrond geplaatsten regel van dadelijke bepaling van schadebedrag, eeniglijk is afhankelijk gesteld van de mogelijkheid dier bepaling, en geenszins van de omstandigheid of er al dan niet eisch is gedaan tot schadevergoeding, op te

maken bij staat, terwijl het bestaan dier mogelijkheid geheel aan 's regters oordeel is overgelaten;

»O., dat evenmin opgaat de tweede bewering, vooreerst, omdat bij mogelijk bevonden dadelijke schadebepaling, van een vereveningsproces na opmaking en inlevering van schadestaat geene sprake kon zijn; ten andere omdat de productie der bescheiden, waaruit de regter *a quo* zijne gegevens ter schadebepaling heeft afgeleid, moet geacht worden regelmatig en zonder verzet te hebben plaats gehad, zooals bedoelde bescheiden dan ook op de in eersten aanleg gediend hebbende lijst van stukken zijn vermeld; en eindelijk omdat de appelant in de gelegenheid is geweest, ook bij de pleidooijen, alle verweringen te doen gelden en alle regtsmiddelen aan te wenden, welke hij oirbaar achtte;

»O., dat in deze hoogere instantie tegen het bepaalde schadebedrag zelf geene bezwaren zijn aangevoerd, en er geen aanleiding is op de bij het vonnis *a quo* bepaalde schade terug te komen of ze ter zijde te stellen;

»Ontzegt den app. zijne bij genomen conclusie gedane, zoowel subsidiaire als primaire vordering;

»Bevestigt de vonnissen op 25 Jan. en 10 Mei 1878 door het Hof van Just. in de kolonie Suriname tusschen partijen gewezen, waarvan is geappelleerd;

»Gelast dat die vonnissen geheel en volkomen gevolg zullen hebben;

»Veroordeelt den app. in de kosten van het hooger beroep.»

N° 1621. — Arrest van 27 Dec. 1878.

(A. 56, 277, 134 B.-R.)

Is a. 56 *B.-R. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat ter zijner toepassing* niet *wordt vereischt eene uitspraak omtrent de hoofdvordering?* — NEEN.

Kan a. 277 B.-R. zijn geschonden of verkeerd toegepast, waar geen *afstand van instantie is gedaan?* — Neen.
Is a. 134 B.-R. geschonden of verkeerd toegepast door te beslissen, dat beperking van den eisch tot de bijkomende vordering tot veroordeeling in de proceskosten, niet *als verandering of vermeerdering van het onderwerp van den eisch kan worden beschouwd?* — Neen.

In deze zaak heeft de Adv.-G. Smits, de volgende conclusie genomen:

„De tegenwoordige eischer was gedagvaard om jalousien, die door hem van een huis, dat hij aan de tegenwoordige verw^sse verhuurd had, waren weggenomen, terug te brengen of te doen terugbrengen en weder aanhangen.

„Eenige dagen na de dagvaarding heeft de ged. de jalousien doen terugbrengen en ophangen, en diensvolgens heeft de oorspronkelijke eisch^sse bij hare eerste conclusie doen aanvoeren, dat de daaromtrent bij dagvaarding gedane vordering was komen te vervallen, en zij daarom haren eisch introk, behoudens wat betreft de veroordeeling van den ged. in de proceskosten.

„De ged. beweerde de niet-ontvankelijkheid van deze vordering, als bestaande hier een vermomde afstand van instantie zonder aanbod van kosten, en als zijnde eene veroordeeling in de kosten, nu de principale vordering aan 's regters kennisneming is onttrokken, naar ons regt onbestaanbaar.

„Het *middel* van niet-ontvankelijkheid werd zoowel in eersten aanleg als in hooger beroep verworpen, en de ged., nu eischer, veroordeeld in de kosten.

„Als *cassatie-middel* wordt tegen deze beslissing voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 56, in verband met de a. 134 en 277 B.-R., door, met veroordeeling van den eischer in cassatie, toen app., in de kosten ook van hooger beroep, te bevestigen het vonnis in eersten aanleg tusschen partijen gewezen, waarbij aan de verw^sse (oorspronkelijk eischeres)

was toegewezen hare (zoo het heet) verminderde vordering tot veroordeeling van den eischer in cassatie (oorspronkelijk ged.) enkel in de proceskosten.

„Bij de ontwikkeling van het *middel* in de dagvaarding in cassatie en vooral bij het pleidooi is er van zijde des eischers op gewezen, dat de ged. (nu eischer) tijdens de oorspronkelijke dagvaarding, niet *in mora* zoude geweest zijn.

„Ik merk daaromtrent reeds dadelijk op, dat ook bij den *judex facti* een beroep is gedaan op het gebrek aan *mora*, doch dat deze heeft aangenomen, dat de ged. door het feit zelf van het niet naleven der overeenkomst, door het niet voortdurend laten hangen der bedoelde jalousien het regt van vordering had doen ontstaan en er geene *in mora* stelling noodig was.

„Deze beslissing moet in cassatie geëerbiedigd worden, nu die niet is bestreden, en nu geenerlei a. betrekkelijk de *mora*, als geschonden of verkeerd toegepast zijn aangehaald.

„Wat de zaak zelve betreft komt het mij voor, dat de oorspronkelijke eisch^sse op eene meer zekere wijze haar doel had kunnen bereiken om eene veroordeeling van den oorspronkelijken ged. in de kosten te verkrijgen, nl. door op de dagvaarding door te procederen en de hoofdvordering niet in te trekken. Haar regt toch was afhankelijk van den toestand tijdens de dagvaarding, en haar belang bleef bestaan, niettegenstaande de vrijwillige voldoening aan de dagvaarding, zoo al niet om een middel van contrainte voor het vervolg te hebben, dan zeker juist om de kosten voldaan te krijgen.

„Maar het is nu de vraag of na de intrekking van de hoofdvordering, door de veroordeeling in de kosten, zooals die is geschied, de bij het *middel* vermelde a. zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„A. 56 B.-R. wordt bij het *middel* voorop gezet, slechts in verband daarmede worden vermeld de a. 134 en 277 van hetzelfde Wetb.

"Met de aanhaling van a. 277 wordt bedoeld, dat de nu verw[sse], zoo zij de door haar ingestelde vordering had willen intrekken, afstand van de instantie had moeten doen onder aanbod van betaling der proceskosten, maar juist omdat zij de kosten niet ten haren laste wilde houden, maar onder intrekking der hoofdvordering alleen, bleef eischen dat de kosten door den ged. zouden betaald worden, mist a. 277 hier alle toepassing. En wat a. 134 betreft, zeer zeker heeft de oorspronkelijke eisch[sse] door den eisch te beperken tot de accessoire vordering, berustende op denzelfden feitelijken grondslag als de geheele eisch, namelijk tot de kosten, het onderwerp van den eisch niet veranderd of vermeerderd, maar veeleer die verminderd of gewijzigd, in ieder geval bevat het a. geen verbod om een gedeelte van het geeischte, al is dit dan ook slechts een *accessorium* te handhaven, na den principalen eisch te hebben laten varen. Het a., dat hier voornamelijk in aanmerking komt, a. 56 B.-R. bepaalt, dat al wie bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt, in de kosten zal veroordeeld worden.

"De eischer in cassatie beweert, dat hij niet bij vonnis in het ongelijk is gesteld, noch gesteld had kunnen worden, omdat hij voor den dienende regtsdag ten volle aan den eisch had voldaan, en dientengevolge de verw[sse] reeds bij hare conclusie van eisch verklaard heeft hare vordering in te trekken en alleen te volharden bij hare vordering tot veroordeeling van den nu eischer in de proceskosten.

"De *judex facti* heeft, om tot beslissing omtrent de kosten te kunnen komen, onderzocht wie gelijk of ongelijk had, d. i. of de vordering door de nu verw[sse] teregt was ingesteld, en die vraag bevestigend beantwoord, maar, het is waar, een bepaald dispositief over de principale vordering wordt bij het beklaagde gewijsde niet gegeven, en kon, bij de wijze van voortprocederen van de verw[sse], niet gegeven worden.

„Wij hebben dus hier geen vonnis, dat de contestatie beslist, en voor dat geval alleen zegt a. 56 wat met de kosten moet geschieden.

„De tegenwoordige eischer heeft zijn ongelijk erkend en door vrijwillige solutie een einde aan den strijd gemaakt; en door diens veroordeeling in de kosten, die hij geprovoceerd heeft, door niet anders dan na daartoe in regten te zijn aangesproken, aan zijne verpligting te voldoen, kan a. 56 niet zijn geschonden, omdat het in een geval als dit niet voorziet en zeker niet bepaalt, dat alleen kosten gemaakt in een proces, *dat met een vonnis eindigt* ten laste van dengene die ongelijk heeft, kunnen komen.

„Eene wetsbepaling, geschreven voor een geval als het onderwerpelijke, en die dus door de beslissing van den regter *a quo* zoude geschonden kunnen zijn, is mij onbekend en ook niet bij het *middel* aangehaald.

„Hoogstens bestaat hier eene analogische toepassing van a. 56. Ik meen dit uitgedrukt te vinden in de eerste overw. *in jure* van het beklaagde vonnis der regtb., waar wordt overwogen: dat de eerste zinsnede van a. 56 niet mag opgevat worden in dien zin, dat veroordeeling in de kosten onmogelijk is zonder verklaring van ongelijk op de hoofdzaak en wel bij vonnis, maar dat de bedoelde woorden veeleer de uitdrukking zijn van het door onzen wetgever gehuldigd beginsel, dat namelijk in het algemeen hij de kosten moet dragen die ten onregte geprocedeerd heeft, zulks in verband met de *fictio juris*, dat hij ten onregte geprocedeerd heeft, die bij vonnis in het ongelijk gesteld wordt; dat mitsdien in gevallen als het onderwerpelijke, waar, om de eene of andere reden beslissing der hoofdzaak wordt afgesneden, daardoor niet tevens de vraag vervalt wie de gemaakte kosten moet dragen, maar de beantwoording dier vraag zich oplost in het onderzoek, welke partij het proces ten onregte heeft aangevangen of voortgezet.

Die *analogische* toepassing van het a. kan geene cassatie ten gevolge hebben, maar is bovendien m. i. zeer goed te verdedigen. De hoofdgrond toch van de bepaling van a. 56 is de algemeene regel van burgerlijk regt, gehuldigd in a. 1401 B.-W., dat een ieder de schade moet vergoeden aan een ander door zijne onregtmatige handelingen veroorzaakt (zie DE PINTO, *Burg. Regtsv.* II, § 56, bl. 135) en hij die wel aan zijne verpligting voldoet, maar eerst na daartoe gedagvaard te zijn, is ten opzigte der schade, veroorzaakt aan zijne tegenpartij, door dezen op kosten te jagen, in geheel gelijken toestand met hem, die tot praestatie van het bij dagvaarding gevorderde bij vonnis wordt veroordeeld.

„Ik vermeen dus, dat het *cassatie-middel* niet kan opgaan en heb de eer te concluderen tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. d. N. — Op het beroep van, enz.;

„O., dat als éénig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van a. 56, in verband met de a. 134 en 277, allen B.-R., door, met veroordeeling van den eischer in cassatie, toen app., in de kosten ook van hooger beroep, te bevestigen het vonnis, in eersten aanleg door de arr.-regtb. te 's Hertogenbosch op 4 April 1877 tusschen partijen gewezen, waarbij aan de verw^sse^, oorspronkelijke eisch^sse^, was toegewezen hare (zoo het heet) verminderde vordering, tot veroordeeling van den eischer in cassatie, oorspronkelijk ged., enkel in de proceskosten;

„O., dat dit *middel* derhalve is gerigt tegen de in hooger beroep bevestigde beslissing der regtb., waarbij de verw^sse^ is verklaard ontvankelijk in hare vordering, tot veroordeeling in de kosten van het proces, en die vordering haar is toegewezen;

„O., dat echter door die beslissing geen der aangevoerde a. is geschonden;

„O. toch, dat a. 56 B.-R. wel beveelt dat hij, die bij vonnis

in het ongelijk gesteld wordt, in de kosten zal worden veroordeeld, doch niet bepaalt dat zoodanig in het ongelijk stellen alleen door eene beslissing der hoofdvordering geschieden kan;

„O., dat de ged. in deze, nu eischer in cassatie, door dadelijk na de dagvaarding aan de hoofdvordering te voldoen, wel de toe- of afwijzing van dien eisch heeft onmogelijk gemaakt, maar niet heeft te weeg gebragt dat hij ten tijde der dagvaarding niet was in gebreke, en evenmin dat het middel van niet-ontvankelijkheid, door hem tegen de na zijne voldoening aan de hoofdvordering verminderde vordering der eischeresse ingebragt, gegrond was;

„O., dat dan ook dit middel van niet-ontvankelijkheid door het in hooger beroep bevestigde vonnis is verworpen, zoodat de eischer bij dat vonnis is gesteld in het ongelijk en a. 56 B.-R. door de regtb. zeer juist is toegepast;

„O., dat evenmin a. 277 B.-R. is geschonden of verkeerd toegepast, vermits de oorspronkelijke eisch[sse] nimmer afstand van de instantie heeft willen doen, maar steeds is blijven vorderen dat hare tegenpartij in de kosten van het proces zoude worden veroordeeld;

„O., dat ook van verkeerde toepassing of schending van a. 134 van gemeld wetb. geene sprake zijn kan, daar de oorspronkelijke eisch[sse], door het verminderen van haren eisch tot de bijkomende vordering tot veroordeeling in de kosten van het proces, het onderwerp van hare vordering niet heeft veranderd of vermeerderd;

„O., dat het *middel* van cassatie mitsdien is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening;

„Veroordeelt den eischer in cassatie in de kosten, daarop gevallen.”





